Coordenação

Ives Gandra da Silva Martins
Gilmar Ferreira Mendes
Carlos Valder do Nascimento

Luís Roberto Barroso / Ives Gandra da Silva Martins
Valdir Ferreira de Oliveira Junior / Tarso Genro
José Afonso da Silva / Inocêncio Mártires Coelho
Ives Gandra Martins Filho / Gilmar Ferreira Mendes
Carlos Mário da Silva Velloso / André Ramos Tavares / Ivo Dantas
Walber de Moura Agra / Cezar Saldanha Souza Junior
Luiz Barzotto / José Augusto Delgado
Dircêo Torrecillas Ramos / Mauro Roberto Gomes de Mattos
Cláudio Lembo / Monica Herman Caggiano
Alexandre de Moraes / Edvaldo Brito / José Renato Nalini
Diogo de Figueiredo Moreira Neto / Alvaro Lazzarini

Tratado *de Direito* Constitucional

1

Editora Saraiva

Coordenação
Ives Gandra da Silva Martins
Gilmar Ferreira Mendes
Carlos Valder do Nascimento

Tratado *de Direito* Constitucional 1

2ª edição
2012

Editora Saraiva

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
E-mail saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 –

Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-14386-9

Tratado de direito constitucional, v. 1 / coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.
1. Direito constitucional - Brasil 2. Direito constitucional I. Martins, Ives Gandra da Silva. II. Mendes, Gilmar Ferreira. III. Nascimento, Carlos Valder do.
11-12908 CDU-342

Índice para catálogo sistemático:
1. Direito constitucional 342

Diretor editorial Luiz Roberto Curia
Diretor de produção editorial Lígia Alves
Editor Jônatas Junqueira de Mello
Assistente editorial Sirlene Miranda de Sales
Produtora editorial Clarissa Boraschi Maria
Preparação de originais Ana Cristina Garcia / Maria Izabel Barreiros Bitencourt Bressan / Raquel Benchimol de Oliveira Rosenthal
Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas / Lídia Pereira de Morais
Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati / Regina Machado
Serviços editoriais Elaine Cristina da Silva / Kelli Priscila Pinto
Capa Aero Comunicação
Produção gráfica Marli Rampim
Produção eletrônica Ro Comunicação

Data de fechamento da edição: 19-1-2012

Dúvidas?
Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Índice

A Constituição Brasileira de 1988: uma Introdução
Luís Roberto Barroso

Teoria sobre as Teorias da Constituição
Ives Gandra da Silva Martins

O Estado Constitucional Solidarista: Estratégias para sua Efetivação
Valdir Ferreira de Oliveira Junior

Os Fundamentos da Constituição no Estado de Direito
Tarso Genro

Aplicabilidade das Normas Constitucionais
José Afonso da Silva

Hermenêutica Constitucional
Inocêncio Mártires Coelho

Direitos Fundamentais
Ives Gandra Martins Filho

O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade
Gilmar Ferreira Mendes

Da Jurisdição Constitucional ou do Controle de Constitucionalidade
Carlos Mário da Silva Velloso

Princípios Constitucionais
André Ramos Tavares

Direitos Individuais e Coletivos
Ivo Dantas

Direitos Sociais
Walber de Moura Agra

Regimes Políticos
Cezar Saldanha Souza Junior

Filosofia e Constituição
Luiz Barzotto

Da Organização do Estado
José Augusto Delgado

Federação e República
Dircêo Torrecillas Ramos

Administração
Mauro Roberto Gomes de Mattos

Direitos Políticos. O Partido Político, Canal de Comunicação entre Governantes e Governados
Cláudio Lembo e Monica Herman Caggiano

Poder Legislativo
Alexandre de Moraes

Poder Executivo
Edvaldo Brito

O Poder Judiciário na Constituição de 1988
José Renato Nalini

Funções Essenciais à Justiça
Diogo de Figueiredo Moreira Neto

Defesa do Estado
Alvaro Lazzarini

Apresentação

Decidimos coordenar o presente *Tratado* com o objetivo de cuidar dos principais temas de direito constitucional, à luz da interpretação de notáveis juristas brasileiros e portugueses, convidando para escrever sobre cada um dos temas considerados essenciais numa obra desta envergadura aquele especialista que tem dedicado maior reflexão acadêmica e particular atuação na respectiva área.

Desta forma, conseguimos congregar juristas de renome nacional e internacional, que, livremente, expuseram suas teses e sua inteligência sobre a temática que lhes foi confiada. Não obstante a diversidade das opiniões apresentadas, a sistematização de seus títulos conferiu uniformidade à obra, que consegue, pela qualidade de seus autores, obter a unidade na diversidade. Com isso, acreditamos estar contribuindo para a mais ampla compreensão do direito constitucional, hoje em franca revisão, nos seus conceitos e princípios tradicionais.

Mais não temos a dizer, pois o *Tratado* fala por si só, ou melhor, pelos ilustres convidados que se dedicaram a estudar cada um dos temas, possibilitando ao leitor uma visão abrangente do direito constitucional e formular sua própria concepção a respeito.

Aliás, uma das finalidades da presente obra é, exatamente, despertar o interesse e o estudo sobre os mais relevantes temas de direito constitucional.

O direito constitucional, nitidamente, é parte fundamental do direito, porque para ele convergem as vertentes de todas as ciências sociais. Sua própria evolução confunde-se com a evolução do homem na sociedade.

Desta forma, quanto mais estudiosos apresentarem o resultado

de seus trabalhos, tanto mais oportunidades haverá para o desenvolvimento e aperfeiçoamento dos institutos, o que servirá, inclusive, para a própria harmonização das relações entre os povos, tendo em conta que a comunidade internacional está, nitidamente, em plena modificação. Oxalá este seja um passo concreto para o alcance desse desiderato.

Ives Gandra da Silva Martins

Gilmar Ferreira Mendes

Carlos Valder do Nascimento

A Constituição Brasileira de 1988: uma Introdução

Luís Roberto Barroso[1]

SUMÁRIO

1. Introdução – Da vinda da família real à Constituição de 1988. **2.** Parte I – Do regime militar à democracia constitucional. **2.1.** O longo caminho. **2.1.1.** 1964-1985: ascensão e o caso do regime militar. **2.1.2.** Convocação, instalação e natureza da Assembleia Nacional Constituinte. **2.1.3.** Os trabalhos de elaboração da Constituição. **2.1.4.** O texto aprovado. **2.2.** A consolidação democrática brasileira. **2.2.1.** O sucesso institucional da Constituição de 1988. **2.2.2.** Os governos Fernando Collor e Itamar Franco. **2.2.3.** O governo Fernando Henrique Cardoso. **2.2.4.** O governo Luís Inácio Lula da Silva. **2.3.** Um balanço preliminar. **2.3.1.** Alguns avanços. **2.3.2.** Algumas circunstâncias. **2.3.3.** Alguns reveses. **3.** Parte II – O desempenho das instituições. **3.1.** Poder Executivo. **3.2.** Poder Legislativo. **3.3.** Poder Judiciário. **4.** Parte III – As transformações da teoria constitucional. **4.1.** A doutrina brasileira da efetividade. **4.2.** Neoconstitucionalismo ou o novo direito constitucional. **4.3.** A constitucionalização do Direito. **5.** Conclusão – A vitória do constitucionalismo democrático. **5.1.** O que ainda resta fazer. **5.2.** O que se deve celebrar.

1. Introdução – Da vinda da família real à Constituição de 1988

Começamos tarde. Somente em 1808 – trezentos anos após o descobrimento –, com a chegada da família real, teve início verdadeiramente o Brasil. Até então, os portos eram fechados ao comércio com qualquer país, salvo Portugal. A fabricação de produtos era proibida na colônia, assim como a abertura de estradas. Inexistia qualquer instituição de ensino médio ou superior: a educação resumia-se ao nível básico, ministrada por religiosos. Mais de 98% da população era analfabeta. Não havia dinheiro e as trocas eram feitas por escambo. O regime escravocrata subjugava um em cada três brasileiros e ainda duraria mais oitenta anos, como uma chaga moral e uma bomba-relógio social. Pior que tudo: éramos colônia de uma metrópole que atravessava vertiginosa decadência, onde a

ciência e a medicina eram tolhidas por injunções religiosas e a economia permaneceu extrativista e mercantilista quando já ia avançada a revolução industrial. Portugal foi o último país da Europa a abolir a inquisição, o tráfico de escravos e o absolutismo. Um Império conservador e autoritário, avesso às ideias libertárias que vicejavam na América e na Europa[2] e [3].

Começamos mal. Em 12 de novembro de 1823, D. Pedro I dissolveu a Assembleia Geral Constituinte e Legislativa que havia sido convocada para elaborar a primeira Constituição do Brasil[4]. Já na abertura dos trabalhos constituintes, o Imperador procurara estabelecer sua supremacia, na célebre "Fala" de 3 de maio de 1823[5]. Nela manifestou sua expectativa de que se elaborasse uma Constituição que fosse digna dele e merecesse sua imperial aceitação. Não mereceu[6]. O Projeto relatado por Antônio Carlos de Andrada, de corte moderadamente liberal, limitava os poderes do monarca, restringindo seu direito de veto, vedando-lhe a dissolução da Câmara e subordinando as Forças Armadas ao Parlamento. A constituinte foi dissolvida pelo Imperador em momento de refluxo do movimento liberal na Europa e de restauração da monarquia absoluta em Portugal. Embora no decreto se previsse a convocação de uma nova constituinte, isso não aconteceu. A primeira Constituição brasileira – a Carta Imperial de 1824 – viria a ser elaborada pelo Conselho de Estado[7], tendo sido outorgada em 25 de março de 1824[8].

Percorremos um longo caminho. Mais de duzentos anos separam a vinda da família real para o Brasil e os dias de hoje. Nesse intervalo, a colônia exótica e semiabandonada tornou-se uma das dez maiores economias do mundo. O Império de viés autoritário, fundado em uma Carta outorgada, converteu-se em um Estado constitucional democrático e estável, com alternância de poder e absorção institucional das crises políticas. Do regime escravocrata, restou-nos a diversidade racial e cultural, capaz de enfrentar – não sem percalços, é certo – o preconceito e a discriminação persistentes. Não tem sido uma história de poucos acidentes. Da Independência até hoje, tivemos oito Cartas constitucionais: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988, em um melancólico estigma de instabilidade e de falta de continuidade das instituições. A Constituição de 1988 representa o ponto culminante dessa trajetória, catalisando o esforço de inúmeras gerações de brasileiros contra o autoritarismo, a exclusão social e o patrimonialismo[9], estigmas da formação nacional[10]. Nem tudo são flores, mas há muitas

razões para celebrá-la.

2. Parte I – Do regime militar à democracia constitucional

2.1. O longo caminho

2.1.1. 1964-1985: ascensão e o caso do regime militar[11]

O movimento militar deflagrado em 31 de março de 1964, que derrubou o presidente João Goulart, tinha o compromisso declarado de manter as eleições presidenciais do ano seguinte. Não o cumpriu. Após seguidas cassações de direitos políticos, inclusive os de Juscelino Kubitschek, candidato favorito no pleito que não houve, atos institucionais dissolveram os partidos políticos[12] e prorrogaram o mandato do Marechal Castello Branco, primeiro Presidente do regime militar[13]. Em 1967, sob a imposição de prazos fatais e grande pressão do Poder Executivo, foi aprovada uma nova Constituição, votada por um Congresso privado de suas principais lideranças, cujos direitos políticos haviam sido compulsoriamente retirados[14]. A Constituição de 1967 não resistiu à ascensão da linha-dura nas Forças Armadas e ao curso ditatorial inexorável, cuja força se impôs sobre a resistência democrática esboçada em diferentes capitais. No Brasil, 1968 foi o ano do embate ideológico entre a ditadura e as forças que defendiam a volta à legalidade[15]. Venceu a ditadura, com data certa: em 13 de dezembro de 1968 foi baixado o Ato Institucional n. 5, que dava poderes praticamente absolutos ao Presidente da República[16].

O Marechal Artur da Costa e Silva, que assumira a presidência da República em 15 de março de 1967, afastou-se por motivo de doença em 31 de agosto de 1969, morrendo meses depois. Em golpe dentro do golpe, o poder foi arrebatado por uma Junta Militar, que impediu a posse do Vice-Presidente Pedro Aleixo e outorgou a Constituição de 1969[17]. Após acirrada disputa interna entre os militares, o General Emílio Garrastazu Médici foi indicado Presidente da República, cargo que exerceu de 30 de outubro de 1969 até 15 de março de 1974. Seu período de governo ficou conhecido pela designação sugestiva de *anos de chumbo*. A censura à

imprensa e às artes, a proscrição da atividade política e a violenta perseguição aos opositores do regime criaram o ambiente de desesperança no qual vicejou a reação armada à ditadura, manifestada na guerrilha urbana e rural[18]. A tortura generalizada de presos políticos imprimiu na história brasileira uma mancha moral indelével e perene[19]. A abertura política, "lenta, gradual e segura", teve seu início sob a presidência do General Ernesto Geisel, que tomou posse em 15 de março de 1974[20].

Apesar de ter se valido mais de uma vez de instrumentos ditatoriais[21], Geisel impôs sua autoridade e derrotou resistências diversas à liberalização do regime, que vinham dos porões da repressão e dos bolsões de anticomunismo radical nas Forças Armadas[22]. A posse do General João Baptista Figueiredo, em 15 de março de 1979[23], deu-se já após a revogação dos atos institucionais, que representavam a legalidade paralela e supraconstitucional do regime militar[24]. Figueiredo deu continuidade ao processo de descompressão política, promovendo a anistia[25] e a liberdade partidária[26]. Centenas de brasileiros voltaram ao país e inúmeros partidos políticos foram criados ou saíram da clandestinidade. As forças ditatoriais ainda se manifestariam em espasmos de violência[27], sequestrando personalidades civis e religiosas[28], enviando cartas-bomba a instituições representativas da luta pela redemocratização – como à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)[29] e à Associação Brasileira de Imprensa (ABI) – ou cometendo atentados, como o estarrecedor episódio da bomba no Riocentro, em 1981[30].

Apesar da incapacidade ou inapetência do governo para punir os envolvidos em atos de terrorismo de Estado, a verdade é que tais grupos se tornavam cada vez mais isolados e o apoio a suas ações definhava. A derrota do movimento pela convocação imediata de eleições presidenciais – as *Diretas já* –, em 1984, após ter levado centenas de milhares de pessoas às ruas de diversas capitais, foi a última vitória do governo e o penúltimo capítulo do regime militar. Em 15 de janeiro de 1985, o Colégio Eleitoral elegeu, para a presidência da República, a chapa contrária à situação, encabeçada por Tancredo Neves, que tinha como vice José Sarney[31]. O regime militar chegava ao fim e tinha início a *Nova República*, com a volta à primazia do poder civil. Opositor moderado da ditadura e nome de consenso para conduzir a transição pacífica para um regime democrático,

Tancredo Neves adoeceu às vésperas da posse e não chegou a assumir o cargo, morrendo em 21 de abril de 1985. José Sarney, que fora um dos próceres do regime que se encerrava – mas que ajudou a sepultá-lo ao aderir à oposição – tornou-se o primeiro Presidente civil desde 1964.

2.1.2. Convocação, instalação e natureza da Assembleia Nacional Constituinte

Cumprindo compromisso de campanha assumido por Tancredo Neves, o Presidente José Sarney encaminhou ao Congresso Nacional proposta de convocação de uma constituinte. Aprovada como Emenda Constitucional n. 26, de 27.11.1985, nela se previu que "os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal" reunir-se-iam em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana[32]. Instalada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro José Carlos Moreira Alves, em 1º de fevereiro de 1987, a Assembleia Constituinte elegeu em seguida, como seu Presidente, o Deputado Ulysses Guimarães, que fora o principal líder parlamentar de oposição aos governos militares. Da constituinte participaram os parlamentares escolhidos no pleito de 15 de novembro de 1986, bem como os senadores eleitos quatro anos antes, que ainda se encontravam no curso de seus mandatos. Ao todo, foram 559 membros – 487 deputados federais e 72 senadores –, reunidos unicameralmente.

Como se constata do teor da EC 26/85, não prevaleceu a tese, que teve amplo apoio na sociedade civil, da constituinte exclusiva, que se dissolveria após a conclusão dos seus trabalhos[33]. Optou-se, ao contrário, por atribuir poderes constituintes aos membros das duas casas do Congresso Nacional, aí incluídos os senadores que não haviam sido eleitos para esse fim específico. Circunstâncias da conjuntura política impediram que se adotasse a fórmula ideal, consistente na separação clara entre poder constituinte e poder legislativo, isto é, entre política constitucional e política ordinária[34]. Em vez de uma Assembleia Constituinte, um Congresso Constituinte[35]. As consequências dessa opção manifestaram-se muito nitidamente no trabalho elaborado, que trouxe para o texto constitucional inúmeras matérias que teriam melhor sede na legislação comum.

Em razão de a Assembleia Constituinte ter sido convocada por emenda constitucional, houve quem sustentasse não ter sido a Constituição de 1988 obra do poder constituinte originário, mas, sim, de um poder reformador,

derivado, que não expressava a soberania popular[36]. Não se está aqui de acordo com esse ponto de vista. O poder constituinte é um fato político, consistindo na capacidade de elaborar e fazer valer uma Constituição. Situa-se ele na confluência entre o Direito e a Política, e sua legitimidade repousa na soberania popular. Nas sociedades democráticas, costuma vir associado a um momento cívico especial, caracterizado pela mobilização ampla do povo em torno de novos valores e de uma nova ideia de Direito. É fora de dúvida que todos esses elementos estavam presentes nas diferentes manifestações do conjunto da sociedade brasileira, que se densificaram nos anos de 1984 e 1985, exigindo o fim do regime militar, eleições diretas e uma nova ordem constitucional. O mecanismo formal da emenda foi um ato de reconhecimento e de acatamento da vontade popular soberana. Vale dizer: do poder constituinte originário[37].

2.1.3. Os trabalhos de elaboração da Constituição

Após a eleição e antes da posse que não viria a ocorrer, Tancredo Neves havia anunciado o propósito de designar uma comissão formada por personalidades de diversas áreas de atuação para elaborar um anteprojeto de Constituição a ser encaminhado à Assembleia Constituinte. A despeito da morte do Presidente eleito, José Sarney instalou a comissão[38], integrada por cinquenta membros, sob a presidência do jurista Afonso Arinos de Mello Franco[39]. A "Comissão Arinos" produziu um texto com muitos aspectos positivos, que poderia ter servido como um bom ponto de partida para os trabalhos constituintes[40]. Não foi, todavia, o que aconteceu. O anteprojeto enfrentou resistências diversas. O Presidente Sarney não tinha, nas circunstâncias, força política para enviá-lo como um projeto do Governo[41], além de não haver apreciado a opção parlamentarista nele contida. Ulysses Guimarães, por sua vez, liderança de destaque na *Nova República*, não desejava um texto-base produzido fora da Assembleia Constituinte, além de alimentar a ideia – que não se concretizou – de elaborar um projeto preliminar sob sua coordenação[42]. Sem apoios políticos relevantes, o Anteprojeto da Comissão Arinos foi encaminhado aos constituintes como mero subsídio, tendo sido praticamente ignorado.

A ausência de um texto que servisse de base para as discussões dificultou de modo significativo a racionalização dos trabalhos, que se desenvolveram em três grandes etapas: (i) a das Comissões Temáticas; (ii) a da Comissão

de Sistematização; e (iii) a do Plenário[43]. O processo constituinte teve início com a formação de oito Comissões Temáticas[44], cada uma delas dividida em três Subcomissões, em um total de 24[45]. Coube às Subcomissões a apresentação de relatórios, que foram consolidados pelas Comissões Temáticas, surgindo daí o primeiro projeto de Constituição, que foi encaminhado à Comissão de Sistematização. Na elaboração do Projeto da Comissão de Sistematização[46], prevaleceu a ala mais progressista do PMDB, liderada pelo Deputado Mário Covas, que produziu um texto "à esquerda do Plenário"[47]: nacionalista, com forte presença do Estado na Economia e ampla proteção aos trabalhadores. Em Plenário verificou-se uma vigorosa reação das forças liberal-conservadoras, reunidas no "Centro Democrático" (apelidado de *Centrão*), que impuseram mudanças substantivas no texto afinal aprovado[48]. Em 5 de outubro de 1988, após dezoito meses de trabalho, culminando um processo constituinte exaustivo e desgastante, muitas vezes subjugado pela política ordinária[49], foi aprovada, em clima de moderada euforia, a Constituição da República Federativa do Brasil.

2.1.4. O texto aprovado

Aclamada como "Constituição cidadã"[50] e precedida de um incisivo *Preâmbulo*[51], a Carta constitucional foi promulgada com 245 artigos, distribuídos em nove títulos, e setenta disposições transitórias. O Título I foi dedicado aos *Princípios Fundamentais*, com a enunciação dos fundamentos, objetivos e princípios que deveriam reger a República em suas relações internas e internacionais. O Título II transportou para a parte inicial da Constituição *Os Direitos e Garantias Fundamentais*, mudança simbólica, típica das Constituições promulgadas após o segundo pós-guerra, que procurava remarcar a sua primazia na nova ordem[52]. O Título III cuida da Organização do Estado, reestruturando a Federação brasileira, definindo competências da União, dos Estados e dos Municípios, bem como fixando os contornos gerais da Administração Pública. O Título IV, *Da Organização dos Poderes*, disciplinou o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, bem como as denominadas funções essenciais à justiça, que incluem o Ministério Público e a advocacia (pública, privada e defensoria pública). O Título V cuidou da *Defesa do Estado e das Instituições Democráticas*, provendo sobre o estado de defesa, o estado de sítio, as

Forças Armadas e a segurança pública. O Título VI teve por tema *Tributação e Orçamento*, ordenando o sistema tributário nacional e as finanças públicas. O Título VII foi cometido à *Ordem Econômica e Financeira*, regulando o papel do Estado na Economia, as políticas urbana e agrícola e o sistema financeiro nacional. O Título VIII abrigou diferentes temas associados à *Ordem Social*, que vão da saúde à proteção dos índios, passando por educação, ciência e família, dentre outros. Por fim, o Título IX contemplou as *Disposições Constitucionais Gerais.*

2.2. A consolidação democrática brasileira

2.2.1. O sucesso institucional da Constituição de 1988

A Constituição de 1988 é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento para um Estado democrático de direito. Sob sua vigência, vêm-se realizando eleições presidenciais, por voto direto, secreto e universal, com debate público amplo, participação popular e alternância de partidos políticos no poder. Mais que tudo, a Constituição assegurou ao país a estabilidade institucional que tanto lhe faltou ao longo da república. E os tempos não têm sido banais. Diversos episódios deflagraram crises que, em outros tempos, dificilmente teriam deixado de levar à ruptura institucional. O mais grave deles terá sido a destituição, por *impeachment*, do primeiro presidente eleito após a ditadura militar. Mas houve outros, que trouxeram dramáticos abalos ao Poder Legislativo, como o escândalo envolvendo a elaboração do Orçamento, a violação de sigilo do painel eletrônico de votação e o episódio que ficou conhecido como “mensalão”. Mesmo nessas conjunturas, jamais se cogitou de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. Não há como deixar de celebrar o amadurecimento institucional brasileiro.

Até então, a trágica tradição do país sempre fora a de golpes, contragolpes e quarteladas, em sucessivas violações da ordem constitucional. Não é difícil ilustrar o argumento. D. Pedro I dissolveu a primeira constituinte. Logo ao início do governo republicano, Floriano Peixoto, vice-presidente da República, deixou de convocar eleições após a renúncia de Deodoro da Fonseca, como exigia a Constituição, permanecendo indevidamente na presidência. Ao fim da República Velha, vieram a Revolução de 30, a Insurreição Constitucionalista de São Paulo, em 1932, a Intentona

Comunista, de 1935 e o golpe do Estado Novo, em 1937. Em 1945, ao final de seu período ditatorial, Getúlio Vargas foi deposto pelas Forças Armadas. Reeleito em 1950, suicidou-se em 1954, abortando o golpe que se encontrava em curso. Eleito Juscelino Kubitschek, foi necessário o contragolpe preventivo do Marechal Lott, em 1955, para assegurar-lhe a posse. Juscelino ainda enfrentaria duas rebeliões militares: Jacareacanga (1956) e Aragarças (1959). Com a renúncia de Jânio Quadros, em 1961, os Ministros militares, inicialmente, vetaram a posse do vice-presidente João Goulart, levando à ameaça de guerra civil, diante da resistência do Rio Grande do Sul[53]. Em 1964 veio o golpe militar. Em 1968, o Ato Institucional n. 5. Em 1969, o impedimento à posse do vice-presidente civil, Pedro Aleixo, e a outorga de uma nova Constituição pelos ministros militares. A enunciação é meramente exemplificativa, mas suficientemente esclarecedora.

A Constituição de 1988 foi o rito de passagem para a maturidade institucional brasileira. Sob sua vigência, superamos todos os ciclos do atraso: eleições periódicas, Presidentes cumprindo seus mandatos ou sendo substituídos na forma constitucionalmente prevista, Congresso Nacional em funcionamento sem interrupções, Judiciário atuante e Forças Armadas fora da política. Só quem não soube a sombra não reconhece a luz.

2.2.2. Os governos Fernando Collor e Itamar Franco[54]

O governo Sarney ainda duraria pouco mais de um ano após a promulgação da Constituição, que reduziu o mandato presidencial de seis para cinco anos[55]. O primeiro governo civil desde o movimento militar de 1964 chegou ao fim podendo creditar-se do início bem-sucedido da transição democrática, embora o Presidente tenha conservado, desde a primeira hora e ao longo dos anos, uma visão crítica severa da Carta constitucional[56]. Na Economia, vivia-se um quadro grave de hiperinflação, que derrotou seguidos planos econômicos e mudanças de moeda[57]. As primeiras eleições presidenciais diretas no país desde a sagração de Jânio Quadros, em 1960, realizaram-se em 15 de novembro de 1989. Vinte e cinco candidatos se apresentaram[58], sendo que Fernando Collor de Mello, do minúsculo PRN (Partido da Reconstrução Nacional), e Luís Inácio Lula da Silva, do PT (Partido dos Trabalhadores), passaram ao segundo turno. Collor venceu obtendo 42,75% do eleitorado, correspondentes a 35.089.998

votos. Com um discurso fundado no combate à inflação, na moralidade administrativa e na abertura da economia, sua campanha contou com o apoio dos grandes grupos empresariais e de setores liberais e conservadores.

Collor tomou posse em 15 de março de 1990 e, no dia seguinte, editou medida provisória veiculando um ambicioso plano econômico[59], que incluiu a controvertida retenção de ativos depositados em instituições financeiras[60]. O período inicial do governo foi marcado pelos propósitos de abertura da economia, pela extinção e privatização de empresas estatais e por uma inédita e exagerada exposição à mídia. A partir de junho de 1991, com recrudescimento no primeiro semestre de 1992, uma disputa local entre o irmão do presidente, Pedro Collor, e o tesoureiro da campanha eleitoral, Paulo Cesar Farias, gerou uma enxurrada de denúncias, expôs um universo de manipulação privada do poder e de benefícios indevidos ao Presidente. Em 1º de junho de 1992 foi instalada uma Comissão Parlamentar de Inquérito para investigar os fatos, na qual foram colhidos depoimentos altamente incriminadores. Em 22 de agosto, foi aprovado o relatório final da CPI, que concluiu que o presidente recebera 6,5 milhões de dólares do "Esquema PC" e recomendou seu *impeachment*.

Em meio a ampla mobilização, que reunia diferentes setores da sociedade civil, incluídos os estudantes que voltaram às ruas, foi apresentado à Câmara dos Deputados o pedido de *impeachment* de Collor, firmado por Barbosa Lima Sobrinho, presidente da Associação Brasileira de Imprensa (ABI), e por Marcelo Lavenère, presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)[61]. Em 29 de setembro, por 421 votos contra 38, foi admitida a acusação e o presidente foi afastado. Em 29 de dezembro de 1992, no início da sessão do Senado Federal que iria julgar o seu afastamento definitivo, Collor enviou, por meio de advogado, a carta renúncia. Ainda assim, o Senado prosseguiu no julgamento e decretou a perda de seus direitos políticos por oito anos[62]. O Presidente ainda viria a questionar, perante o Supremo Tribunal Federal, a continuação da sessão do Senado após a renúncia, mas sem sucesso[63]. Mais à frente, todavia, o STF, por maioria de votos, julgou improcedente ação penal instaurada contra Collor[64].

Itamar Franco, que assumira interinamente a presidência após a decisão da Câmara dos Deputados que importou no afastamento do titular, foi efetivado no cargo com a renúncia de Collor, no apagar das luzes de 1992.

Poucos meses depois, em 21 de abril de 1993, realizou-se o plebiscito sobre a forma e o sistema de governo, previsto no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Por 66% contra 10,2%, venceu a República sobre a Monarquia; e por 55,4% contra 24,6%, o país reincidiu na fórmula presidencialista, ficando vencida a proposta parlamentarista. Itamar recebeu o governo em meio a grave crise econômica, tendo a inflação atingido 1.100% em 1992 e chegando a 2.484% no ano seguinte[65]. Após diversas trocas de Ministros da Fazenda, o presidente convidou para o cargo o então Ministro das Relações Exteriores, Fernando Henrique Cardoso. Em fevereiro de 1994 foi lançado o Plano Real, primeiro plano de estabilização econômica, dentre os muitos deflagrados desde 1986, que produziu resultados de longo prazo, permitindo que a inflação fosse finalmente controlada. Embalado pelo sucesso do Real, Fernando Henrique Cardoso, lançado pelo PSDB (Partido da Social Democracia Brasileira), saiu vitorioso nas eleições presidenciais de 3 de outubro de 1994, derrotando o candidato do PT, Luís Inácio Lula da Silva. Com Cardoso, finalmente chegou ao poder a geração que fora perseguida pelo regime militar.

2.2.3. O governo Fernando Henrique Cardoso[66]

Fernando Henrique Cardoso foi eleito em primeiro turno – com maioria absoluta de votos, portanto – nas eleições de 3 de outubro de 1994, tendo tomado posse em 1º de janeiro de 1995. Durante seu primeiro governo foi aprovada a controvertida Emenda Constitucional n. 16, de 4.06.1997, que, em contraste com a tradição republicana brasileira, admitiu a reeleição do Presidente[67]. Foi reeleito em 4 de outubro de 1998, novamente em primeiro turno de votação, derrotando ainda uma vez o candidato do PT, Luís Inácio Lula da Silva. Permaneceu no poder até 31 de dezembro de 2002[68]. Seus dois mandatos foram marcados pelo esforço bem-sucedido de consolidação da estabilidade econômica – ao custo de juros elevadíssimos e de períodos de recessão –, de combate ao *deficit* público e por reformas econômicas e administrativas que modificaram substancialmente o papel do Estado no domínio econômico. Fernando Henrique governou sob oposição cerrada do PT e da esquerda em geral, que condenavam a desestatização, a abertura aos investidores internacionais e a adoção de políticas públicas preconizadas no "Consenso de Washington"[69].

De fato, sucessivas emendas constitucionais suprimiram restrições ao

capital estrangeiro[70], flexibilizaram monopólios estatais[71] e, coadjuvadas por ampla legislação infraconstitucional, deram ensejo a um abrangente programa de desestatização[72]. Nesse processo, foram privatizadas inúmeras empresas controladas pelo governo federal, tanto as que exploravam atividades econômicas – *e.g.*, siderurgia e mineração – como as prestadoras de serviços públicos, em áreas como telefonia e energia elétrica. Outros serviços públicos relevantes, como a construção, recuperação e manutenção de rodovias, foram dados em concessão à iniciativa privada, com base em legislação específica aprovada[73]. A diminuição da atuação direta do Estado no domínio econômico foi acompanhada pelo surgimento e a multiplicação de agências reguladoras[74]. Merece registro, também, a promulgação da Lei de Responsabilidade Fiscal[75], bem como o saneamento e venda dos bancos públicos estaduais, com renegociação da dívida dos Estados e seu enquadramento no programa de ajuste fiscal.

O governo Fernando Henrique ainda conseguiu aprovar, no Congresso Nacional, uma indispensável Reforma da Previdência[76] e uma Reforma Administrativa[77] de alto custo político e poucos resultados práticos. Ao longo do segundo mandato, o governo conviveu com crises políticas no Legislativo[78], crises econômicas[79] e com problemas graves no abastecimento de energia elétrica, que levaram à necessidade de racionamento no ano de 2001. Apesar da popularidade e da avaliação histórica positiva, Fernando Henrique Cardoso não conseguiu fazer seu sucessor. O candidato do PSDB, José Serra, importante quadro do governo que se encerrava – no qual foi Ministro do Planejamento e da Saúde –, foi derrotado pelo candidato do PT, Luís Inácio Lula da Silva. Em sua quarta tentativa, o sindicalista que ajudou a reorganizar politicamente os trabalhadores, no final do regime militar, e que liderou a formação de um partido de esquerda de grande militância, chegou finalmente ao poder.

2.2.4. O governo Luís Inácio Lula da Silva

Lula inicia seu governo em 1º de janeiro de 2003, sob o forte simbolismo do trabalhador de origem humilde alçado ao topo, que não se abateu nas derrotas. Ligado aos setores políticos de esquerda e aos movimentos sociais, o novo Presidente, ainda na campanha eleitoral, já dera passos em direção ao centro, ampliando seu apoio entre as classes médias urbanas e na comunidade internacional[80]. Surpreendendo adversários e desagradando

aliados, o governo perseguiu a estabilidade econômica e o controle da inflação, dando autonomia na prática ao Banco Central e chancelando uma política monetária ortodoxa, apesar das críticas de crescente relaxamento fiscal. O governo conseguiu aprovar no Congresso Nacional, com altíssimo custo político e esgarçamento da sua base de apoio[81], uma nova e igualmente indispensável Reforma da Previdência, diminuindo o desequilíbrio entre as aposentadorias do setor público e do setor privado[82]. Foi aprovada, também, depois de mais de dez anos de tramitação, a Reforma do Judiciário, com a criação do Conselho Nacional de Justiça e de institutos de racionalização da prestação jurisdicional, como a súmula vinculante e a repercussão geral[83].

No plano social, depois do fracasso operacional do Programa *Fome Zero*, de distribuição de alimentos, o governo retomou e ampliou, com resultados expressivos, programas sociais importantes, como o *Bolsa Família*, consistente na transferência condicionada de renda para famílias miseráveis ou muito pobres. Na área econômica, colheu sucessos significativos em termos de diminuição da pobreza, aumento do salário mínimo, extinção prática da dívida externa e confiança dos investidores estrangeiros[84]. Nada obstante, o governo Lula sofreu – como seu antecessor – oposição implacável, que levou à instauração de sucessivas comissões parlamentares de inquérito e a crises graves, que privaram o presidente de dois dos seus principais Ministros: José Dirceu, da Casa Civil, e Antônio Pallocci, da Fazenda. Sob o olhar severo da mídia em geral, o governo passou muitos meses sob vendavais constantes, que tiveram seu ápice em meados de 2005, por conta do episódio conhecido como "mensalão", decorrente de denúncias de que haveria um esquema de compra de votos no Congresso Nacional para favorecer a aprovação de projetos do Executivo[85].

O Presidente, todavia, salvo por curto período, conseguiu descolar-se da perda de prestígio do PT junto à opinião pública e não enfrentou abalo significativo na sua popularidade. Em 29 de outubro de 2006, foi reeleito para o cargo, derrotando o candidato lançado pelo PSDB, Geraldo Alckmin.

O segundo governo começou com o lançamento do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), em janeiro de 2007, e com o agravamento da crise econômica mundial, tendo como causas decisivas a crise do mercado de hipotecas americano e as altas recordes do preço do petróleo. Até meados de 2008, a repercussão da crise sobre o Brasil era

limitada. Ainda em 2008, propostas de modificação da Constituição para permitir que Lula se candidatasse a um terceiro mandato foram lançadas ao debate público, tendo sido repelidas pelo próprio Presidente e pelos formadores de opinião. Em uma democracia em construção, como a brasileira, o ritual da alternância regular no poder continua a ser um símbolo imprescindível. Lula concluiu seu mandato com significativo prestígio internacional e índices de popularidade recordes, que permitiram eleger sua sucessora, Dilma Rousseff, vitoriosa na disputa contra José Serra, do PSDB. Primeira mulher a ocupar o cargo, a Presidenta tem um passado de militância no combate à ditadura, quando chegou a ser presa e torturada. Sua vida política teve maior destaque no governo de Lula, quando assumiu o Ministério das Minas e Energia e, posteriormente, a Casa Civil. Tal como todos os seus antecessores sob o regime constitucional de 1988, o governo Dilma Rousseff iniciou-se sob as vicissitudes de um presidencialismo de coalizão que envolve excessivos compromissos políticos e dificulta a unidade programática da Administração.

2.3. Um balanço preliminar[86]

2.3.1. Alguns avanços

Em inúmeras áreas, a Constituição de 1988 consolidou ou ajudou a promover avanços dignos de nota. No plano dos *direitos fundamentais*, a despeito da subsistência de deficiências graves em múltiplas áreas, é possível contabilizar realizações. A centralidade da dignidade da pessoa humana se impôs em setores diversos. Para que não se caia em um mundo de fantasia, faça-se o registro indispensável de que uma ideia leva um tempo razoável entre o momento em que conquista corações e mentes até se tornar uma realidade concreta. Ainda assim, no âmbito dos direitos individuais, as liberdades públicas, como as de expressão, reunião, associação e direitos como o devido processo legal e a presunção de inocência incorporaram-se com naturalidade à paisagem política e jurídica do país. É certo que não ainda para todos[87]. Os direitos sociais têm enfrentado trajetória mais acidentada, sendo a sua efetivação um dos tormentos da doutrina[88] e da jurisprudência[89]. Nada obstante, houve avanços no tocante à universalização do acesso à educação, apesar de subsistirem problemas graves em relação à qualidade do ensino. Os direitos

coletivos e difusos, por sua vez, como a proteção do consumidor e do meio ambiente, disciplinados por legislação específica, incorporaram-se à prática jurisprudencial e ao debate público[90].

A Federação, mecanismo de repartição do poder político entre a União, os Estados e os Municípios, foi amplamente reorganizada, superando a fase do regime de 1967-69, de forte concentração de atribuições e receitas no Governo Federal. Embora a União tenha conservado ainda a parcela mais substantiva das competências *legislativas*, ampliaram-se as competências *político-administrativas* de Estados e Municípios, inclusive com a previsão de um domínio relativamente amplo de atuação *comum* dos entes estatais. A partilha das receitas *tributárias*, de outra parte, embora um pouco mais equânime do que no regime anterior, ainda favorece de modo significativo a União, principal beneficiária da elevadíssima carga tributária vigente no Brasil. De parte isto, ao longo dos anos, a União ampliou sua arrecadação mediante contribuições sociais, tributo em relação ao qual Estados e Municípios não têm participação, contribuindo ainda mais para a hegemonia federal. A verdade inegável é que os Estados brasileiros, em sua grande maioria, apesar da recuperação de sua autonomia política, não conseguiram encontrar o equilíbrio financeiro desejável. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também seguiu, como regra geral, uma lógica centralizadora[91]. O reequacionamento do federalismo no Brasil é um tema à espera de um autor.

A nova Constituição, ademais, reduziu o desequilíbrio entre os Poderes da República, que no período militar haviam sofrido o abalo da hipertrofia do Poder Executivo, inclusive com a retirada de garantias e atribuições do Legislativo e do Judiciário. A nova ordem restaurou e, em verdade, fortaleceu a autonomia e a independência do Judiciário, assim como ampliou as competências do Legislativo. Nada obstante, a Carta de 1988 manteve a capacidade legislativa do Executivo, não mais através do estigmatizado decreto-lei, mas por meio das medidas provisórias. A Constituição, juntamente com suas emendas, contribuiu, também, para a melhor definição do papel do Estado na Economia, estabelecendo como princípio fundamental e setorial a livre iniciativa, ao lado da valorização do trabalho. A atuação direta do Estado, assim na prestação dos serviços públicos (diretamente ou por delegação), como na exploração de atividades econômicas, recebeu tratamento sistemático adequado.

2.3.2. Algumas circunstâncias

O processo constituinte teve como protagonista uma sociedade civil que amargara mais de duas décadas de autoritarismo. Na euforia – saudável euforia – de recuperação das liberdades públicas, a constituinte foi um notável exercício de participação popular. Nesse sentido, é inegável o seu caráter democrático. Mas, paradoxalmente, essa abertura para todos os setores organizados e grupos de interesse fez com que o texto final expressasse uma vasta mistura de reivindicações legítimas de trabalhadores e categorias econômicas, cumulados com interesses cartoriais, reservas de mercado e ambições pessoais. A participação ampla, os interesses múltiplos e a já referida ausência de um anteprojeto geraram um produto final heterogêneo, com qualidade técnica e nível de prevalência do interesse público oscilantes entre extremos. Um texto que, mais do que analítico, era casuístico[92], prolixo e corporativo[93]. Esse defeito o tempo ainda não curou: muitas das emendas, inclusive ao ADCT, espicharam ainda mais a carta constitucional ao longo dos anos[94].

Outra circunstância que merece ser assinalada é a do contexto histórico em que se desenrolaram os trabalhos constituintes. Após muitos anos de repressão política, o pensamento de esquerda finalmente podia se manifestar livremente, tendo se formado inúmeros partidos políticos de inspiração comunista, socialista, trabalhista e social-democrata. Mais organizados e aguerridos, os parlamentares dessas agremiações predominaram amplamente nos trabalhos das comissões, até a reação, de última hora, já narrada, das forças de centro e de direita. Ainda asim, o texto aprovado reservava para o Estado o papel de protagonista em áreas diversas, com restrições à iniciativa privada e, sobretudo, ao capital estrangeiro, aí incluídos os investimentos de risco. Pois bem: um ano após a promulgação da Constituição, caiu o muro de Berlim e começaram a desmoronar os regimes que praticavam o socialismo real. Simultaneamente, a globalização, com a interconexão entre os mercados e a livre circulação de capitais, impôs-se como uma realidade inelutável. Pelo mundo afora, ruíam os pressupostos estatizantes e nacionalistas que inspiraram parte das disposições da Constituição brasileira.

2.3.3. Alguns reveses

A Constituição brasileira, como assinalado, consubstanciou-se em um

texto excessivamente detalhista e que, além disso, cuida de muitas matérias que teriam melhor sede na legislação infraconstitucional. De tais circunstâncias decorrem consequências práticas relevantes. A primeira delas é que a constitucionalização excessiva dificulta o exercício do poder político pelas maiorias, restringindo o espaço de atuação da legislação ordinária. Em razão disso, diferentes governos, para implementar seus programas, precisaram reunir apoio de maiorias qualificadas de três quintos, necessárias para emendar a Constituição, não sendo suficientes as maiorias simples próprias à aprovação da legislação comum. O resultado prático é que, no Brasil, a política ordinária – *i.e.*, a implementação da vontade das maiorias formadas a cada época – se faz por meio de emendas constitucionais, com todo o incremento de dificuldades que isso representa.

Chega-se, assim, sem surpresa, à segunda consequência da constitucionalização excessiva e minuciosa: o número espantoso de emendas, que pouco depois do vigésimo aniversário da Carta já se aproximavam de 70. Houve modificações constitucionais para todos os gostos e propósitos: limitação da remuneração de parlamentares, restrições à criação de Municípios, realização de reformas econômicas, administrativas, previdenciárias, do Judiciário, prorrogação de tributos provisórios, desvinculação de receitas, atenuação da imunidade parlamentar formal, contenção das medidas provisórias, redução do mandato presidencial, admissão da reeleição e daí por diante. Há risco de se perder o fôlego, a conta e a paciência. Tudo isso sem qualquer perspectiva de inversão de tendência. Naturalmente, essa disfunção compromete a vocação de permanência da Constituição e o seu papel de simbolizar a prevalência dos valores duradouros sobre as contingências da política.

3. Parte II – O desempenho das instituições

Empreende-se, a seguir, uma análise de aspectos relevantes associados ao funcionamento dos três Poderes da República sob a vigência da Constituição. São examinadas, ainda que brevemente, algumas das mudanças constitucionais que repercutiram sobre a atuação de cada um deles, bem como o desempenho do Executivo, Legislativo e Judiciário na realização concreta de seus papéis constitucionais. Não será difícil detectar a subsistência do presidencialismo hegemônico da tradição brasileira, sem

embargo da recuperação de espaço político pelo Legislativo, que vive, no entanto, grave crise de legitimidade. Talvez o traço mais nítido da paisagem política dos últimos anos seja a ascensão institucional do Poder Judiciário, que teve participação decisiva em diversos acontecimentos políticos da história recente, das reformas constitucionais aos processos criminais contra agentes públicos do primeiro escalão.

3.1. Poder Executivo

Examinam-se, a seguir, alguns aspectos relacionados à estrutura e à atuação do Poder Executivo ao longo da vigência da Constituição de 1988. São destacados pontos como a manutenção do presidencialismo, a redução do mandato presidencial, a previsão da possibilidade de reeleição dos chefes do Executivo, a criação do Ministério da Defesa e duas competências que têm dado margem a abusos: as relativas à edição de medidas provisórias e à possibilidade de contingenciamento de verbas orçamentárias.

Revelando uma aspiração dos setores mais progressistas, tanto o anteprojeto da Comissão Arinos como o anteprojeto apresentado pela Comissão de Sistematização propunham a implantação de um sistema de governo parlamentarista. A proposta foi derrotada em Plenário, com a mobilização do Presidente Sarney e de outras forças políticas, que aspiravam conquistar a presidência nas eleições de 1989. Como fórmula de compromisso, aprovou-se o art. 2º do ADCT, que previa a realização de um plebiscito para definir o sistema de governo. A consulta popular direta veio a ser antecipada[95], tendo vencido, por ampla maioria (v. *supra*), a manutenção do presidencialismo. Registre-se uma irônica curiosidade histórica: PT, PDT e PMDB, cujos candidatos potenciais imaginavam ter boas chances nas eleições do ano seguinte (1994) – respectivamente, Lula, Leonel Brizola e Orestes Quércia – apoiaram a causa presidencialista. O PSDB, de Mário Covas e Fernando Henrique Cardoso, que à época não tinha um candidato forte à presidência, defenderam sem sucesso o parlamentarismo, na linha do programa partidário. Por trapaça da sorte, Fernando Henrique tornou-se, por dois mandatos sucessivos, o principal beneficiário do modelo que combatia: o presidencialismo imperial à brasileira.

No primeiro semestre de 1994, o ambicioso projeto de se proceder a uma ampla revisão constitucional, tal como previsto no art. 3º do ADCT, viu-se reduzido à aprovação de apenas seis emendas constitucionais de revisão (ECR), em temas de menor controvérsia política. Uma delas, a ECR n. 5, de 9.06.1994, reduziu o mandato presidencial, previsto no art. 82 da Constituição, de cinco para quatro anos. Vivia-se o último ano do governo Itamar. Na sequência histórica, já no governo Fernando Henrique e em meio a debate acirrado, foi aprovada a EC n. 16, de 5.06.1997, que passou a permitir a reeleição, para um único período subsequente, do presidente, governadores e prefeitos. Merece registro destacado, no tocante à estrutura do Poder Executivo, a criação do Ministério da Defesa, pela EC n. 23, de 3.09.1999, marco simbólico relevante da submissão do poder militar ao poder civil.

Duas competências frequentemente malversadas pelo Executivo devem ser assinaladas em um balanço da experiência dos últimos vinte anos. A primeira delas é o emprego abusivo das medidas provisórias (MPs). Concebidas como um mecanismo excepcional de exercício de competência normativa primária pelo Presidente da República, reservada aos casos de "relevância e urgência" (CF, art. 62), tornaram-se um instrumento rotineiro de o Executivo *legislar*, inclusive sobre questões de menor relevância e de nenhuma urgência, minimizando o papel do Congresso Nacional e comprometendo, em muitos casos, a transparência e o debate público que devem preceder a inovação da ordem jurídica. Em razão da tolerância do próprio Legislativo e do Judiciário[96], foram editadas e reeditadas, entre 1988 e 2002, cerca de seis mil medidas provisórias[97].

A disfunção só veio a ser coibida, ainda que não integralmente, com a edição da EC n. 32, de 12.09.2001, que previu a vigência da medida provisória pelo prazo máximo de 60 dias, prorrogáveis uma única vez, por igual período, com trancamento da pauta até que haja deliberação por parte de cada uma das Casas do Congresso Nacional. Embora a EC 32/2001 tenha reduzido a quantidade de MPs editadas e limitado sua vigência, não se pode dizer que o desequilíbrio entre os Poderes Executivo e Legislativo, na matéria, tenha sido superado em definitivo. Ao contrário, o trancamento da pauta tornou-se uma "exceção corriqueira", limitando ainda mais o controle do Congresso Nacional sobre sua própria agenda. A restrição frequente levou a Câmara dos Deputados a adotar uma interpretação ousada da Constituição Federal, tentando limitar o alcance dos trancamentos. A

questão chegou ao STF, onde aguarda decisão definitiva[98].

A segunda competência utilizada abusivamente pelo Executivo diz respeito ao contingenciamento da execução orçamentária. Aliás, a elaboração do orçamento e, posteriormente, a arrecadação de receitas e a realização de despesas constituem um grande espaço democrático negligenciado no Brasil[99]. A competência do Executivo é máxima, já no momento de elaboração da proposta, até porque é ele que detém os dados e as informações que permitem ordenar as estimativas de receitas e de despesas. Enviado o projeto de lei orçamentária para o Congresso, o poder de emenda dos parlamentares é extremamente reduzido e antes dá margem ao paroquialismo e ao fisiologismo do que a discussões abertas e republicanas. Pior que tudo, uma vez aprovado o orçamento – tido como meramente autorizativo, e não impositivo –, o Presidente da República, de maneira discricionária e sem dever de motivação, pode contingenciar as verbas, deixando de liberá-las e sem que tal decisão esteja sujeita a qualquer tipo de controle por parte do parlamento. À exceção dos repasses feitos por mandamento constitucional – como os do Legislativo, do Judiciário, do Ministério Público, dentre outros –, as demais destinações são implementadas se e quando o Presidente desejar, a despeito da aprovação e vigência da lei orçamentária[100].

3.2. Poder Legislativo

No que toca ao Poder Legislativo, cabe assinalar a recuperação de suas prerrogativas dentro do novo quadro democrático, embora permaneça visível o decréscimo de sua importância no processo legislativo. É certo, contudo, que, como contrapartida, expandiram-se suas competências de natureza fiscalizatória e investigativa. Merecem registro, também, algumas disfunções estruturais e funcionais do sistema político brasileiro, que têm comprometido a representatividade e a legitimidade da classe política.

Ao longo do regime militar, o Poder Legislativo foi o que sofreu as consequências mais graves do autoritarismo. Com efeito, inúmeros de seus membros, de 1964 a 1977, tiveram os mandatos e direitos políticos cassados. Nesse período, em diversos momentos, o Congresso Nacional foi fechado, passando o general-presidente a concentrar todos os poderes legislativos, inclusive os de reforma constitucional. Paralelamente a isso,

sob as Constituições de 1967 e 1969, exacerbaram-se as competências materialmente legislativas do Presidente da República, por meio da edição de decretos-leis. E, além de tudo, a maior parte dos projetos de lei relevantes votados pelo Congresso era de iniciativa do Poder Executivo. Com a reconstitucionalização do país, em 1988, desapareceram os riscos de cassação e de recesso parlamentar. A verdade, no entanto, é que o papel do Congresso Nacional, no processo de produção legislativa, continuou bastante reduzido, à vista do espaço ocupado pelas medidas provisórias (v. *supra*) e pelos projetos resultantes de mensagens do Executivo[101].

Diante da crescente hegemonia do Poder Executivo no desempenho da função legislativa – fenômeno que não é típico apenas da experiência brasileira, mas global –, a ênfase da atuação do Legislativo tem se deslocado para a fiscalização dos atos de governo e da Administração Pública, de uma maneira geral. Sob a Constituição de 1988, um dos principais instrumentos dessa linha de atuação têm sido as comissões parlamentares de inquérito (CPIs). Muitas delas tiveram grande visibilidade pública, como a que apurou as denúncias de corrupção no governo Collor (1992 – CPI de PC Farias), a que investigou o conjunto de parlamentares que controlava a elaboração do Orçamento (1993 – CPI dos "Anões do Orçamento"), a CPI do Judiciário (1999) e, no ano de 2005, as CPIs dos Bingos, dos Correios e do Mensalão. As comissões parlamentares de inquérito, nos termos do art. 58, § 3º da Constituição, têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciárias, devendo suas conclusões ser encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos implicados, se for o caso. Os limites dos poderes de tais comissões foi sendo paulatinamente definido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (v. *infra*)[102].

Um problema estrutural importante do sistema eleitoral brasileiro, com repercussão sobre a composição do Legislativo, é a desproporcionalidade da representação política na Câmara dos Deputados. O art. 45, § 1º da Constituição prevê um número mínimo de oito deputados e um máximo de setenta deputados por Estado. De tal previsão resulta que Estados muito populosos tenham uma sub-representação, e que Estados menos populosos sejam super-representados. Isso faz com que o peso dos votos, por exemplo, de cidadãos de São Paulo e de cidadãos de Roraima não sejam os mesmos, não vigorando a máxima de *um homem, um voto*[103]. Esses limites poderiam

ser justificados, em tese, por razões de equilíbrio federativo[104], o que não ocorre no caso brasileiro, em razão da composição paritária do Senado Federal. Sob o prisma da própria ideia de proporcionalidade, o problema está em que tal regra de alocação de cadeiras também se reflete na distribuição partidária na Câmara de Deputados, distorcendo a justa participação de cada um. Tal descompasso não é desimportante[105].

Durante a vigência da Constituição de 1988, algumas modificações do texto constitucional repercutiram sobre o funcionamento do Poder Legislativo dos diferentes níveis da Federação e sobre o regime jurídico dos parlamentares. A EC n. 1, de 6.04.1992, estabeleceu limites para a remuneração de deputados estaduais e de vereadores. A EC n. 25, de 15.02.2000, fixou limites de despesas com o Poder Legislativo municipal. No plano federal, a EC n. 50, de 15.02.2006, aumentou em algumas semanas os períodos de reunião do Congresso Nacional[106]. A ECR n. 6, de 9.06.1994, previu que a renúncia do parlamentar, após a instauração de processo que envolva a perda de mandato, não impede a deliberação final da Casa Legislativa[107]. Em tema de imunidade parlamentar processual, a EC n. 35, de 21.12.2001, introduziu modificação substantiva, deixando de exigir prévia licença da Câmara ou do Senado para a instauração de processo criminal contra parlamentar. No novo regime, o Supremo Tribunal Federal pode receber diretamente a denúncia. A casa legislativa pertinente, todavia, poderá, pelo voto da maioria, até a decisão final, sustar o andamento da ação durante o exercício do mandato, ficando suspensa a fluência do prazo prescricional.

Apesar disso, a atividade política segue em situação de preocupante desprestígio[108]. Uma grave crise no sistema representativo compromete a legitimidade democrática das instituições legislativas. Nesse cenário, não é possível negar a falta de sintonia entre a sociedade civil e os órgãos de representação popular, em decorrência de um modelo político que deixou de servir adequadamente ao país. Por essa razão, tornou-se imprescindível a realização de uma Reforma Política, já de há muito adiada, capaz de fomentar a legitimidade democrática, a governabilidade e as virtudes republicanas. Adiante se voltará ao ponto.

3.3. Poder Judiciário

Desde a promulgação da Constituição de 1988, o Judiciário ingressou na paisagem institucional brasileira. Já não passa despercebido nem é visto com indiferença ou distanciamento. Há mais de uma razão para esse fenômeno. A ascensão do Poder Judiciário se deve, em primeiro lugar, à reconstitucionalização do país: recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Uma segunda razão foi o aumento da demanda por justiça na sociedade brasileira. De fato, sob a Constituição de 1988, houve uma revitalização da cidadania e uma maior conscientização das pessoas em relação à proteção de seus interesses. Além disso, o texto constitucional criou novos direitos e novas ações, bem como ampliou as hipóteses de legitimação extraordinária e de tutela coletiva. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo[109].

Aos fatores mencionados acima – ascensão institucional do Judiciário e aumento da demanda por justiça – somam-se inúmeros outros que contribuíram para alçar a atuação de juízes e tribunais a uma posição central na vida pública contemporânea. De fato, circunstâncias como a amplitude da Constituição, a combinação da jurisdição constitucional concentrada e difusa, bem como a constitucionalização do Direito (v. *infra*) deram lugar a um fenômeno muito visível no Brasil contemporâneo: a judicialização das relações políticas e sociais. Judicialização, entenda-se bem, não se confunde com usurpação da esfera política por autoridades judiciárias, mas traduz o fato de que muitas matérias controvertidas se inserem no âmbito de alcance da Constituição e podem ser convertidas em postulações de direitos subjetivos, em pretensões coletivas ou em processos objetivos[110]. Assim, o Supremo Tribunal Federal ou outros órgãos judiciais têm dado a última palavra em temas envolvendo separação de Poderes, direitos fundamentais, políticas públicas, constitucionalidade de planos econômicos, preservação ambiental, demarcação de terras indígenas e mesmo em questões do dia a dia. Não é difícil ilustrar a tese.

Inúmeros programas de governo ou decisões políticas importantes, veiculados, inclusive, por via de emendas à Constituição, tiveram sua deliberação definitiva em ações perante o Supremo Tribunal Federal. Antes que tudo, a Corte firmou sua própria competência para o controle de

constitucionalidade de emendas constitucionais[111]. Em matéria de Reforma do Judiciário, a criação do Conselho Nacional de Justiça só foi possível após chancela do STF, por decisão majoritária[112]. As diferentes Reformas da Previdência geraram embates judiciais, tanto em relação aos limites máximos dos benefícios[113] como no tocante à contribuição de inativos, que foi rejeitada quando instituída por lei[114], mas admitida quando veiculada pela EC n. 41, de 2003[115]. Nas discussões envolvendo o sistema político, o STF se pronunciou sobre a não aplicação das novas regras sobre coligações (fim da verticalização) às eleições que se realizariam em menos de um ano[116], derrubou a cláusula de barreira[117], determinou a redução do número de vereadores nas Câmaras Municipais[118] e impôs regra sobre fidelidade partidária, superando longa inércia do Legislativo na matéria[119]. No início de 2011, ao julgar a validade e a aplicabilidade da "Lei da Ficha Lima" – Lei Complementar n. 135/2010 –, que tornava inelegíveis pessoas condenadas por determinados crimes por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, o STF, em decisão dividida, entendeu pela não incidência do diploma legal nas eleições de 2010, mesmo ano da sua aprovação[120].

Em matéria de direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal entendeu que eles não se esgotam no elenco do art. 5º da Constituição, podendo ser encontrados fora dele, como é o caso do direito à anterioridade da lei tributária[121]. Em decisão histórica, repudiou o racismo antissemita[122]. Decidiu, igualmente, ser inconstitucional dispositivo de lei que vedava a progressão de regime prisional para os condenados pela prática de crimes hediondos[123]. O Tribunal reconheceu, ainda, a constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias[124] e, mais recentemente, em julgamento que mobilizou diversos segmentos da sociedade, decidiu que o regime jurídico da união estável se aplica às parcerias homoafetivas[125]. Em meados de 2011, ainda se encontrava pendente de julgamento outra questão igualmente emblemática: ADPF acerca da legitimidade ou não da interrupção da gestação de fetos anencefálicos[126].

No tocante às comissões parlamentares de inquérito, o sentido da cláusula constitucional "poderes de investigação próprios das autoridades judiciais" foi progressivamente fixada pelo STF. Ao definir o limite das competências das CPIs, o Tribunal admitiu a possibilidade de elas ordenarem, sem

intermediação judicial, a quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico (para fins de obtenção de dados e de registros, não de interceptação), desde que exista causa provável (i.e., indícios suficientes) e motivação prévia. Deverão, por outro lado, respeitar o direito à não incriminação e não podem exercer competências decisórias de cunho materialmente jurisdicional, como decretação da indisponibilidade de bens ou prisão[127]. O STF estabeleceu, também, que a instalação de uma CPI é prerrogativa das minorias parlamentares e, preenchidos os requisitos constitucionais, não pode ser frustrada por ação ou omissão das maiorias[128].

A lista poderia prosseguir, indefinidamente, para incluir temas como a vedação do nepotismo, a limitação à criação de Municípios, o combate à guerra fiscal entre Estados, o teto remuneratório dos servidores públicos, a revitalização do mandado de injunção, a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, em meio a muitos outros. Como inevitável, essa expansão do papel do Poder Judiciário, notadamente do STF, acende o debate acerca da legitimidade democrática de sua atuação. Não é o caso de se aprofundar, nessa instância, a reflexão sobre o tema, salvo para breve registro. O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais, deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *deficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes são os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional.

Por fim, uma referência ao que a Constituição denominou “funções essenciais à justiça”. O Ministério Público viu consagrada sua independência político-administrativa e financeira, teve reconhecido um conjunto amplo de funções próprias e, ao lado do Judiciário, viveu, sob a Constituição de 1988, uma fase de expressiva ascensão institucional. Ao lado do seu papel proeminente no processo penal, o Ministério Público tem experimentado uma significativa expansão do seu papel em matéria cível e administrativa, com intensa atuação na tutela do meio ambiente, do

consumidor e da moralidade administrativa. Em meados de 2011, ainda se encontrava pendente de decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de promotores e procuradores conduzirem diretamente a investigação criminal[129]. A Advocacia-Geral da União, por sua vez, foi criada pela Constituição de 1988 e implantada a partir de 1993[130], consumando a separação entre a defesa da sociedade, que cabe ao Ministério Público, e a defesa da Fazenda Pública, que cabe aos advogados da União. As Procuradorias-Gerais dos Estados encontram-se estruturadas em todas as unidades federativas, o que já não é o caso das Defensorias Públicas, que em muitos Estados não existem ou estão sujeitas a condições extremamente precárias. Tal fato, como intuitivo, compromete o acesso à justiça das pessoas necessitadas.

A advocacia, liderada pela Ordem dos Advogados do Brasil, vencida a batalha pela consolidação democrática, vive as complexidades inerentes à prática profissional contemporânea. Ao mesmo tempo que procura assegurar ensino jurídico de qualidade e conduzir processos de seleção que preservem a proficiência dos profissionais que ingressam no mercado de trabalho, a Ordem enfrenta as incompreensões rotineiras em relação à profissão, procurando resguardar as prerrogativas dos advogados e confrontando-se, por vezes, com os arroubos policialescos do Estado brasileiro[131].

4. Parte III – As transformações da teoria constitucional

Nas últimas duas décadas, a teoria constitucional, sob a influência de movimentos históricos, políticos e doutrinários – domésticos e internacionais – , passou por um processo de reelaboração extenso e profundo. Tais concepções inovadoras são a seguir sistematizadas em três grandes blocos: a conquista de *status* normativo e de efetividade pela Constituição; o surgimento de um novo constitucionalismo, sobre bases filosóficas e teóricas diversas; e a constitucionalização do Direito, vale dizer, a irradiação dos valores e princípios constitucionais por todo o sistema jurídico.

4.1. A doutrina brasileira da efetividade

Na antevéspera da convocação da constituinte de 1988, era possível identificar um dos fatores crônicos do fracasso na realização do Estado de Direito no país: a falta de seriedade em relação à Lei Fundamental, a indiferença para com a distância entre o texto e a realidade, entre o ser e o dever-ser. Dois exemplos emblemáticos: a Carta de 1824 estabelecia que a "a lei será igual para todos", dispositivo que conviveu, sem que se assinalassem perplexidade ou constrangimento, com os privilégios da nobreza, o voto censitário e o regime escravocrata. Outro: a Carta de 1969, outorgada pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, assegurava um amplo elenco de liberdades públicas inexistentes e prometia aos trabalhadores um pitoresco rol de direitos sociais não desfrutáveis, que incluíam "colônias de férias e clínicas de repouso". Buscava-se na Constituição, não o caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce. A disfunção mais grave do constitucionalismo brasileiro, naquele final de regime militar, era a falta de efetividade das normas constitucionais. Indiferentes ao que prescrevia a Lei Maior, os estamentos perenemente dominantes construíam uma realidade própria de poder, refratária a uma real democratização da sociedade e do Estado.

É bem de ver que o próprio reconhecimento de força normativa às normas constitucionais é conquista relativamente recente no constitucionalismo do mundo romano-germânico[132]. No Brasil, ela se desenvolveu no âmbito de um movimento jurídico-acadêmico conhecido como *doutrina brasileira da efetividade*[133]. Tal movimento procurou não apenas elaborar as categorias dogmáticas da normatividade constitucional, como também superar algumas das crônicas disfunções da formação nacional, registradas acima, que se materializavam na insinceridade normativa, no uso da Constituição como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política em dar-lhe cumprimento. A essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa. Como consequência, sempre que violado um mandamento constitucional, a ordem jurídica deve prover mecanismos adequados de tutela – por meio da *ação* e da *jurisdição* –, disciplinando os remédios jurídicos próprios e a atuação efetiva de juízes e tribunais[134].

Para realizar seus propósitos, o movimento pela efetividade promoveu,

com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano *jurídico*, atribuiu normatividade plena à Constituição, que se tornou fonte de direitos e de obrigações, independentemente da intermediação do legislador. Do ponto de vista *científico* ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto *institucional*, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais. O discurso normativo, científico e judicialista foi fruto de uma necessidade histórica. O *positivismo constitucional*, que deu impulso ao movimento, não importava em *reduzir* o direito à norma, mas sim em *elevá-lo* a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma. A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania.

Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter atuação decisiva na realização da Constituição. A doutrina da efetividade serviu-se, como se registrou acima, de uma metodologia *positivista*: direito constitucional é norma; e de um critério *formal* para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido. Nos dias que correm, tornou-se necessária a sua convivência com novas formulações doutrinárias, de base *pós-positivista*, como a teoria dos princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e o mínimo existencial.

4.2. Neoconstitucionalismo ou o novo direito constitucional

O direito constitucional, nas últimas décadas, notadamente no mundo romano-germânico, passou por um vertiginoso conjunto de transformações que modificaram o modo como ele é pensado e praticado. É possível

reconstituir essa trajetória, objetivamente, levando em conta três marcos fundamentais: o histórico, o filosófico e o teórico. Neles estão contidas as ideias e as mudanças de paradigma que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência nesse período, criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral.

O marco *histórico* do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. Como assinalado no presente estudo, sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição promoveu uma transição democrática bem-sucedida e assegurou ao país estabilidade institucional, mesmo em momentos de crise aguda. Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. O surgimento de um *sentimento constitucional* no país é algo que merece ser celebrado[135]. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.

O marco *filosófico* das transformações aqui descritas é o pós-positivismo[136]. Em certo sentido, apresenta-se ele como uma *terceira via* entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer que essas três dimensões se influenciam mutuamente também quando da aplicação do Direito, e não apenas quando da sua elaboração. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma

reaproximação entre o Direito e a Ética[137].

Por fim, o marco *teórico* do novo direito constitucional envolve três conjuntos de mudanças de paradigma. O primeiro, já referido, foi o reconhecimento de força normativa às disposições constitucionais, que passam a ter aplicabilidade direta e imediata, transformando-se em fundamentos rotineiros das postulações de direitos e da argumentação jurídica. O segundo foi a expansão da jurisdição constitucional. No mundo, de uma maneira geral, esse fenômeno se manifestou na criação de tribunais constitucionais na grande maioria dos Estados democráticos. No Brasil, em particular, materializou-se na atribuição do direito de propositura de ações constitucionais diretas a um longo elenco de órgãos e entidades, o que permitiu fossem levadas ao Supremo Tribunal Federal algumas das grandes questões do debate político, social e moral contemporâneo. A terceira grande transformação teórica se verificou no âmbito da hermenêutica jurídica, com o surgimento de um conjunto de ideias identificadas como *nova interpretação constitucional*. Nesse ambiente, foram afetadas premissas tradicionais relativas ao papel da norma, dos fatos e do intérprete, bem como foram elaboradas ou reformuladas categorias como a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação como técnica de decisão e a argumentação jurídica[138].

4.3. A constitucionalização do Direito

"Ontem os Códigos; hoje as Constituições. A revanche da Grécia contra Roma"[139]. O fenômeno da constitucionalização do Direito tem como ponto de partida a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde foi deslocado o Código Civil[140]. No Brasil, a partir de 1988 e, especialmente, nos últimos anos, a Constituição passou a desfrutar, além da supremacia formal que sempre teve, também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios. Compreendida como uma ordem objetiva de valores, transformou-se no filtro através do qual se deve ler todo o ordenamento jurídico[141].

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. A constitucionalização

identifica um efeito expansivo das normas constitucionais, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Lei Maior passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. Direta, quando uma pretensão se fundar em uma norma constitucional; e indireta quando se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: a) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não poderá fazê-la incidir; e b) ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

A constitucionalização do Direito produz impacto relevante sobre todos os ramos jurídicos. No direito civil, exemplificativamente, além da vinda para a Constituição de princípios e regras que repercutem sobre as relações privadas – *e.g.*, função social da propriedade, proteção do consumidor, igualdade entre cônjuges, igualdade entre filhos, novas formas de entidade familiar reconhecidas –, houve o impacto revolucionário do princípio da dignidade da pessoa humana. A partir dele, tem lugar uma *despatrimonialização*[142] e uma *repersonalização*[143] do direito civil, com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica. A aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas também passou a ser um tema objeto de crescente interesse[144]. No direito administrativo, a constitucionalização produziu mudanças doutrinárias e jurisprudenciais importantes, que incluíram a redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado, a vinculação do administrador à noção mais ampla de juridicidade e não apenas à lei e a possibilidade de controle de mérito do ato administrativo, com base em princípios como razoabilidade, moralidade e eficiência[145].

5. Conclusão – A vitória do constitucionalismo democrático

5.1. O que ainda resta fazer

A comemoração merecida dos avanços trazidos pela Constituição de 1988 não precisa do falseamento da verdade. Na conta aberta do atraso político e da dívida social, ainda há incontáveis débitos. Subsiste no país um abismo de desigualdade, com recordes mundiais de concentração de renda e *deficits* dramáticos em moradia, educação, saúde, saneamento. A lista é enorme. Do ponto de vista do avanço do processo civilizatório, também estamos para trás, com índices inaceitáveis de corrupção, deficiências nos serviços públicos em geral – dos quais dependem, sobretudo, os mais pobres – e patamares de violência que se equiparam aos de países em guerra[146]. Por outro lado, o regime de 1988 não foi capaz de conter a crônica voracidade fiscal do Estado brasileiro, um dos mais onerosos do mundo para o cidadão-contribuinte. Sem mencionar que o sistema tributário constitui um cipoal de tributos que se superpõem e cuja complexidade exige a manutenção de estruturas administrativas igualmente custosas. Há, todavia, uma outra falha institucional, que, por sua repercussão sobre todo o sistema, compromete a possibilidade de solução adequada de tudo o mais.

Por todo o seu tempo de vigência, o ponto baixo do modelo constitucional brasileiro e dos sucessivos governos democráticos foi a falta de disposição ou de capacidade para reformular o sistema político. No conjunto de desacertos das últimas duas décadas, a política passou a ser um fim em si mesma, um mundo à parte, desconectado da sociedade, visto ora com indiferença, ora com desconfiança. As repetidas crises produzidas pelas disfunções do financiamento eleitoral, pelas relações oblíquas entre Executivo e parlamentares e pelo exercício de cargos públicos para benefício próprio têm trazido, ao longo dos anos, uma onda de ceticismo que abate a cidadania e compromete sua capacidade de indignação e de reação. A verdade, contudo, é que não há Estado democrático sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem parlamento atuante e investido de credibilidade. É preciso, portanto, reconstruir o conteúdo e a imagem dos partidos e do Congresso, assim como exaltar a dignidade da política. O sistema político brasileiro, por vicissitudes diversas, tem desempenhado um papel oposto ao que lhe cabe: exacerba os defeitos e não deixa florescer as virtudes.

É preciso desenvolver um modelo capaz de resgatar e promover valores

como legitimidade democrática, governabilidade e virtudes republicanas[147], produzindo alterações profundas na prática política[148]. Há inúmeras propostas na matéria, apesar da pouca disposição para o debate. Uma delas defende para o Brasil, como sistema de governo, o semipresidencialismo, nos moldes de França e Portugal; como sistema eleitoral, a fórmula do voto distrital misto, que vigora, por exemplo, na Alemanha; e, como sistema partidário, um modelo fundado na fidelidade e na contenção da pulverização dos partidos políticos[149].

5.2. O que se deve celebrar

O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX. O imaginário social contemporâneo vislumbra nesse arranjo institucional, que procura combinar Estado de direito (supremacia da lei, *rule of the law*, *Rechtsstaat*) e soberania popular, a melhor forma de realizar os anseios da modernidade: poder limitado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, justiça social, tolerância e – quem sabe? – até felicidade. Para evitar ilusões, é bom relembrar, ainda uma vez, que as grandes conquistas da humanidade levam um tempo relativamente longo para passar do plano das ideias vitoriosas para a plenitude do mundo real. O curso do processo civilizatório é bem mais lento do que a nossa ansiedade por progresso social. O rumo certo, porém, costuma ser mais importante do que a velocidade.

O modelo vencedor chegou ao Brasil com atraso, mas não tarde demais, às vésperas da virada do milênio. Os últimos anos representam, não a vitória de uma Constituição específica, concreta, mas de uma ideia, de uma atitude diante da vida. O constitucionalismo democrático, que se consolidou entre nós, traduz não apenas um modo de ver o Estado e o Direito, mas de desejar o mundo, em busca de um tempo de justiça, fraternidade e delicadeza. Com as dificuldades inerentes aos processos históricos complexos e dialéticos, temos nos libertado, paulatinamente, de um passado autoritário, excludente, de horizonte estreito. E vivido as contradições inevitáveis da procura do equilíbrio entre o mercado e a política, entre o privado e o público, entre os interesses individuais e o bem coletivo. Nos duzentos anos que separaram a chegada da família real e a maioridade constitucional brasileira, passou-se uma eternidade.

1 Professor titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito pela *Yale Law School*. Doutor e livre-docente pela UERJ. Professor visitante da Universidade de Brasília – UnB, da Universidade de Poitiers, França, e da Universidade de Wroclaw, Polônia.

2 Sobre o tema, v. Oliveira Lima, *Dom João VI no Brasil*, 1945; Pedro Calmon, *História do Brasil*, v. IV, 1959; Boris Fausto, *História do Brasil*, 2003; Patrick Wilcken, *Império à deriva*, 2005; Francisco Iglesias, *Trajetória política do Brasil 1500-1964*, 2006; Laurentino Gomes, *1808*, 2007; Jorge Pedreira e Fernando Dores Costa, *D. João VI*: um príncipe entre dois continentes, 2008.

3 A crítica severa não nega, por evidente, o passado de glórias de Portugal e o extraordinário Império marítimo que construiu. Não desmerece, tampouco, o grande progresso trazido ao Brasil com a vinda da família real. Nem muito menos interfere com os laços de afeto e de afinidade que ligam os brasileiros aos portugueses.

4 Curiosamente, a convocação da constituinte se dera em 3 de junho de 1822, antes mesmo da Independência, e fazia menção à união "com a grande família portuguesa". A Independência veio em 7 de setembro, a aclamação de D. Pedro como imperador em 12 de outubro e a coroação em 1º de dezembro de 1822.

5 "Como imperador constitucional, e mui principalmente como defensor perpétuo deste império, disse ao povo no dia 1º de dezembro do ano próximo passado, em que fui coroado e sagrado, que com a minha espada defenderia a pátria, a nação e a Constituição, *se fosse digna do Brasil e de mim*. (...) [E]spero, que a Constituição que façais, *mereça a minha imperial aceitação*..." (grifos acrescentados). V. "A fala de D. Pedro I na sessão de abertura da constituinte". In: Paulo Bonavides e Paes de Andrade. *História constitucional do Brasil*. 1991. p. 25.

6 Marcello Cerqueira. *A Constituição na história:* origem e reforma. 2006. p. 387.

7 O Conselho de Estado era composto por dez membros, nomeados pelo Imperador para elaborar a Constituição.

8 V. Waldemar Ferreira, *História do direito constitucional brasileiro*, 1954; Afonso Arinos de Mello Franco, *Curso de direito constitucional brasileiro*, v. II, 1960; Marcelo Caetano, *Direito constitucional*, v. 1, 1987; Manoel Maurício de Albuquerque, *Pequena história da formação social brasileira*, 1981; Aurelino Leal, *História constitucional do Brasil*, 1915, edição fac-similar; e Paulo Bonavides e Paes de Andrade. *História constitucional do Brasil*, 1991.

9 V. Ricardo Lobo Torres, *A ideia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal*, 1991.

10 Para uma densa análise da formação nacional, das origens portuguesas até a era Vargas, v. Raymundo Faoro, *Os donos do poder*, 2001 (1. ed. 1957). Embora sob perspectivas diferentes, são igualmente considerados marcos para a compreensão do Brasil: Gilberto Freyre, *Casa-grande e senzala* (1. ed. 1933); Sérgio Buarque de Holanda, *Raízes do Brasil* (1. ed. 1936); e Caio Prado Júnior, *Formação do Brasil contemporâneo* (1. ed. 1942). Sobre a importância dessas três últimas obras, v. Antonio Candido, "O significado de raízes do Brasil". In: Silviano Santiago (coord.), *Intérpretes do Brasil*, 2002.

Para uma anotação sobre a obra de Raymundo Faoro e de Sérgio Buarque de Holanda, que considera representantes de correntes opostas, v. Fernando Henrique Cardoso, *A arte da política:* a história que vivi, 2006. p. 55-6, onde também averbou: "Ancorado na tradição ibérica, o patrimonialismo transposto para as terras americanas confunde família e ordem pública, interesse privado e Estado".

11 Para um rico e documentado relato do período militar, indo da deposição de João Goulart ao final do governo de Ernesto Geisel, v. os quatro volumes escritos por Elio Gaspari: *A ditadura envergonhada*, 2002; *A ditadura escancarada*, 2002; *A ditadura derrotada*, 2003; e *A ditadura encurralada*, 2004. Sobre o processo de redemocratização, v. a obra coletiva de Alfred Stepan (org.), *Democratizando o Brasil*, 1985, com textos de autores que viriam a ter papel relevante após a redemocratização, como Fernando Henrique Cardoso, Edmar Bacha, Pedro Malan e Francisco Weffort.

12 Ato Institucional n. 2, de 27.10.1965, que também tornou indireta a eleição presidencial. O Ato Complementar n. 4, de 27.10.1965, estabeleceu as regras para a formação de novos partidos. A partir daí, produziu-se um sistema bipartidário artificial, composto de um partido de sustentação do governo militar – a Aliança Renovadora Nacional (Arena), fundado em 4.04.1966 – e outro de oposição: o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), fundado em 24.03.1966. Ambos existiriam até 29 de novembro de 1979, quando se reestruturou o sistema partidário e deu-se a volta ao pluripartidarismo (v. *infra*).

13 Ato Institucional n. 3, de 5.02.1966, que marcou a data da eleição presidencial para 3 de outubro de 1966. A rigor, o adiamento já havia sido previsto no AI 2, tendo sido apenas fixada a nova data. O AI 3, ademais, tornou indireta a eleição de governadores de Estado e de prefeitos de capitais, claramente uma resposta à vitória da oposição nas eleições para os Governos do Rio de Janeiro e Minas Gerais, realizadas em 1965.

14 O Ato Institucional n. 4, de 7.12.1966, convocou o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente entre 12.12.1966 e 7.12.1967, para o fim de discutir, votar e promulgar o projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República. Em demonstração da falta de soberania da Assembleia Constituinte *ad hoc* que instituíra, o AI 4 fixava a data em que a nova Constituição seria publicada. Para uma análise crítica do processo, v. Oscar Dias Corrêa, *A Constituição de 1967:* contribuição crítica, 1969.

15 Sobre a sequência de fatos desse ano fatídico, v. Zuenir Ventura, *1968:* o ano que não terminou, 1988. Um dos últimos atos de resistência política foi a "Passeata dos cem mil", no Rio de Janeiro. No plano cultural, foi o lançamento do disco-manifesto *Tropicália*, de Caetano Veloso e Gilberto Gil. 1968 foi um ano agitado em todo o mundo: houve a insurreição estudantil na França, os assassinatos de Martin Luther King e Robert Kennedy nos Estados Unidos, a repressão à "Primavera de Praga", na Tchecoslováquia e o acirramento do "apartheid" na África do Sul, dentre muitos episódios. V. *Folha Online* – Especial – 2008 – Maio de 1968, Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/especial/2008/maiode68/>, acesso em 6 de junho de 2011.

16 O AI 5 permitia ao Presidente da República: decretar o recesso do Congresso Nacional, Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores, assumindo ele próprio poderes legislativos plenos; decretar a intervenção federal nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição; suspender os direitos políticos de qualquer cidadão por dez anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais. Suspendiam-se, ainda, as garantias constitucionais e legais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, podendo o Presidente da República, mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas, bem como reformar militares. Ficava igualmente suspensa a garantia do *habeas corpus*. Os atos praticados com base no AI 5 ficavam excluídos da apreciação judicial.

17 A Constituição de 1969 foi aprovada sob o rótulo formal de Emenda Constitucional n. 1, de 17.10.1969. Sem negar a autoria, o preâmbulo da Constituição se inicia com a seguinte dicção: “Os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar...”. Em seguida, o preâmbulo explica que a competência constituinte é exercida com base nos Atos Institucionais n. 16 e 5, e em razão de ter sido decretado o recesso do Congresso Nacional.

18 V. Elio Gaspari, *A ditadura escancarada*, 2002, que se inicia com a seguinte passagem: “Escancarada, a ditadura firmou-se. A tortura foi o seu instrumento extremo de coerção e o extermínio, o último recurso da repressão política que o Ato Institucional n. 5 libertou das amarras da legalidade. A ditadura envergonhada foi substituída por um regime a um só tempo anárquico nos quartéis e violento nas prisões. Foram os Anos de Chumbo”. Sobre a luta armada, v. tb.: Fernando Gabeira, *O que é isso companheiro?*, 1979; Fernando Portela, *Guerra de guerrilha no Brasil:* a saga do Araguaia, 1979; e Alfredo Sirkis, *Os carbonários*, 1980.

19 Sobre o tema da tortura, v. *Brasil:* nunca mais, 1985, publicado pela Arquidiocese de São Paulo, com prefácio de D. Paulo Evaristo Arns, ex-Cardeal Arcebispo de São Paulo e figura proeminente na defesa dos direitos humanos durante o regime militar.

20 Em convenção nacional realizada em 23 de setembro de 1973, o Movimento Democrático Brasileiro (MDB) lançou como candidatos à presidência e à vice-presidência Ulysses Guimarães e Barbosa Lima Sobrinho. Como as eleições eram um jogo cujo resultado já se sabia de antemão, Ulysses se apresentou ao país como “anticandidato” e viajou pelo país denunciando a “antieleição”. Sem surpresa, venceu a chapa Ernesto Geisel-Adalberto Pereira dos Santos. Apesar da derrota previsível, o episódio deu ao presidente do MDB visibilidade e prestígio. Sobre o tema, v. Alzira Alves de Abreu, Israel Beloch, Fernando Lattman-Weltman e Sérgio Tadeu de Niemeyer Lamarão (coords.), *O dicionário histórico-biográfico brasileiro*, 2001. v. III, p. 2709; Para um registro jornalístico do episódio, v. *Veja Online*, 23 mar. 2005, “Vitória da democracia”. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/230305/p_046.html>, acesso em 6 de junho de 2011.

21 Em abril de 1977, o Presidente decretou o recesso do Congresso Nacional e outorgou as Emendas Constitucionais n. 7, de 13.04.1977, e n. 8, de 14.04.1977, que continham uma reforma do Judiciário, medidas casuísticas que asseguravam a preservação da maioria governista no Legislativo e mantinham eleições indiretas para governadores. Além disso, ao longo do seu governo, Geisel cassou o mandato de vereadores, deputados estaduais e federais.

22 Sobre seu período na presidência, v. o longo depoimento prestado pelo ex-presidente em Maria Celina D’Araujo e Celso Castro (orgs.), *Ernesto Geisel*, 1997. V. tb. Elio Gaspari, *A ditadura derrotada*, 2003, e *A ditadura encurralada*, 2004, em que relata a parceria entre Geisel – o “Sacerdote” – e o General Golbery do Couto Silva – o “Feiticeiro” – na terminologia que cunhou.

23 O MDB lançou como candidatos à presidência e à vice-presidência o General Euler Bentes Monteiro e o Senador Paulo Brossard. Na eleição realizada em 15.10.1978, venceu a chapa da situação, integrada por Figueiredo e Aureliano Chaves, que obteve 355 votos contra 226.

24 A Emenda Constitucional n. 11, de 13.10.1978, revogou todos os atos institucionais e os atos complementares que lhes davam execução.

25 A anistia política foi concedida pela Lei n. 6.683, de 28.08.1979, que em seu art. 1º previa: “É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público,

aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares".

26 Em 1979, foi reformulado o sistema partidário, com a extinção de MDB e ARENA e a implantação do pluripartidarismo. O PMDB (Partido do Movimento Democrático Brasileiro), fundado em janeiro de 1980, foi o herdeiro do MDB, tendo como principal liderança Ulysses Guimarães. Formaram-se, no entanto, outros partidos de oposição ao regime militar: o Partido dos Trabalhadores (PT), fundado em fevereiro de 1980, liderado por Luís Inácio da Silva, o Lula; o Partido Democrático Trabalhista (PDT), fundado em setembro de 1980, sob a liderança de Leonel Brizola, que voltou do exílio; e, mais à frente, em junho de 1988, foi criado o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), tendo à frente nomes como Mário Covas e Fernando Henrique Cardoso. A ARENA, por sua vez, foi sucedida pelo Partido Democrático Social (PDS), fundado em janeiro de 1980, que teve como primeiro presidente o então Senador José Sarney. Uma dissidência do PDS, iniciada em 1984, veio a formar o Partido da Frente Liberal (PFL), oficialmente fundado em janeiro de 1985, mas que desde o ano anterior oficializara seu apoio à candidatura de oposição de Tancredo Neves. Formada a Aliança Democrática entre o PFL e o PMDB, José Sarney foi indicado como candidato a vice-presidente. Para informações mais aprofundadas sobre os partidos políticos nacionais, v. Alzira Alves de Abreu, Israel Beloch, Fernando Lattman-Weltman e Sérgio Tadeu de Niemeyer Lamarão, *Dicionário histórico-bibliográfico brasileiro*, v. IV, 2001.

27 Sobre esses episódios e outros relacionados à abertura política, v. Thomas Skidmore, "A lenta via brasileira para a redemocratização: 1974-1985." In: Alfred Stepan (org.), *Democratizando o Brasil*, 1985. p. 27 e s., especialmente p. 58-61.

28 Sobre o papel da Igreja no processo de redemocratização no Brasil, v. Ralph Della Cava, "A Igreja e a abertura, 1974-1985." In: Alfred Stepan (org.), *Democratizando o Brasil*, 1985. p. 231 e s.

29 A Ordem dos Advogados do Brasil foi uma das principais instituições da sociedade civil brasileira na resistência ao regime militar e no processo de reconstrução democrática. Merece destaque a atuação, à frente da entidade, de Raymundo Faoro, presidente no período entre 1977-1979. Em 27 de agosto de 1980, uma carta-bomba dirigida ao então presidente, Eduardo Seabra Fagundes, explodiu na sede da OAB, no Rio de Janeiro, causando a morte da funcionária Lyda Monteiro da Silva.

30 Militares ligados ao Departamento de Operações de Informação do I Exército, no Rio de Janeiro, organizaram um atentado que consistiria na colocação de bombas no local de realização de um espetáculo de música popular brasileira, promovido por organizações de esquerda. Uma das bombas explodiu no veículo em que se encontravam dois dos militares, matando um e ferindo o outro. Sobre o episódio, escreveu o jornalista Chico Otávio, anos depois, em caderno especial do jornal *O Globo*, 28 mar. 2004: "O exército passou 18 anos sustentando a versão de que o sargento (...), morto na ação, e o capitão (...), gravemente ferido, haviam sido vítimas do atentado. Só em 1999 um novo inquérito sobre o caso responsabilizou os dois militares pela ação, mas o tratou como um ato isolado".

31 Por 480 votos a 180, Tancredo Neves, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), derrotou Paulo Maluf, candidato do Partido Democrático Social (PDS), que era o partido de sustentação política do governo militar, sucessor da Aliança Renovadora Nacional (ARENA).

32 Emenda Constitucional n. 26, de 27.11.1985: "Art. 1º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso

Nacional. Art. 2º. O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembleia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente. Art. 3º A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembleia Nacional Constituinte".

33 Relator da Proposta de Emenda Constitucional n. 43, de 1985, que previa a convocação da Assembleia Constituinte, o Deputado Flavio Bierrenbach apresentou substitutivo no qual propunha que, mediante consulta plebiscitária, o povo se manifestasse diretamente sobre dois pontos: (i) se delegava o poder constituinte originário a uma assembleia exclusiva ou ao Congresso Nacional; (ii) se os senadores eleitos em 1982 poderiam exercer funções constituintes. O substitutivo não foi aprovado. Sobre o tema, v. Flavio Bierrenbach, *Quem tem medo da constituinte*, 1986.

34 V. Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, v. 1, 2008. Entendendo que a não adoção da constituinte exclusiva teria comprometido a legitimidade democrática da Constituição, v. Fábio Konder Comparato, "E agora, Brasil?". In: *Folha de S.Paulo*, 3 mar. 2008. Sobre política ordinária e política constitucional, v. Bruce Ackerman, *We the people:* foundations, 1995. p. 6-7. Há uma edição brasileira dessa obra: v. *Nós, o povo soberano*: fundamentos do direito constitucional, 2006, coord. Luiz Moreira, 2006. p. 7-8.

35 V. José Afonso da Silva, *Poder constituinte e poder popular*, 2007. p. 78: "Não se tire das conclusões *supra* que eu aprove o modo de convocação da Assembleia Nacional Constituinte feita pela Emenda Constitucional 26, de 27.11.1985. É procedente a crítica que se fez e ainda se faz à forma como a Constituinte foi convocada, porque, a rigor, foram outorgados poderes constituintes ao futuro Congresso Nacional. O modo correto seria convocar a Assembleia Nacional Constituinte a ser composta pelos representantes do povo a serem eleitos na data marcada. (...) o que teremos é um Congresso Constituinte, ou uma Constituinte Congressual".

36 Nesse sentido, v. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O poder constituinte*, 1999. p. 37 e, também, Significação e alcance das "cláusulas pétreas", *Revista de Direito Administrativo 202:*11, 1995. p. 16. Esse ponto de vista foi igualmente defendido pelo Consultor-Geral da República e, depois, Ministro da Justiça no governo José Sarney, Saulo Ramos, conforme escreveu em *Código da vida*, 2007. p. 204.

37 No mesmo sentido, José Afonso da Silva, *Poder constituinte e poder popular*, 2007. p. 66-79; e Luís Virgílio Afonso Silva, Ulysses, as sereias e o poder constituinte derivado, *Revista de Direito Administrativo 226*: p. 13-4 e 27-8, 2001.

38 Pelas condições especiais em que se dera sua posse e pela delicadeza do momento político de transição, o Presidente Sarney esteve sujeito, sobretudo no início de seu governo, a duas contingências. A primeira foi a de preservar todas as decisões políticas e todas as nomeações já anunciadas por Tancredo Neves. A segunda foi aceitar o papel de preeminência desempenhado por Ulysses Guimarães, Presidente do PMDB e fiador político de sua posse, quando se levantaram dúvidas acerca da legitimidade da investidura. Ulysses, que viria a ser escolhido Presidente da Assembleia Constituinte, exerceu grande influência nas deliberações políticas do governo.

39 O Decreto n. 91.450, de 18.07.1985, instituiu a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, integrada por nomes representativos que incluíam juristas, empresários, sindicalistas, escritores, jornalistas, economistas, sociólogos. Alguns dos inúmeros "notáveis" que participaram da comissão, além de seu presidente: Candido Mendes, Celso Furtado, Cristovam Buarque, Gilberto Freyre, Jorge Amado, José Afonso da Silva, José Paulo Sepúlveda Pertence, Miguel Reale, Paulo Brossard e Raul Machado Horta.

40 A despeito de sua criticável extensão, com 436 artigos e 32 disposições transitórias.

Para um testemunho positivo dos trabalhos da Comissão, na ótica de uma de suas duas integrantes do sexo feminino, v. Rosah Russomano, “Facetas da ‘Comissão Arinos’ – e eu...”, *Revista de Informação Legislativa 95:*281, 1987. Para uma crítica severa do anteprojeto elaborado, v. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O anteprojeto dos notáveis*, 1987.

41 Nelson Jobim, à época líder do PMDB e, posteriormente, Ministro da Justiça, do Supremo Tribunal Federal e da Defesa, ofereceu seu testemunho na matéria: “A morte de Tancredo tinha destruído a possibilidade do modelo que nós usamos no Brasil de 1891 a 1934, que era um projeto enviado pelo Poder Executivo a ser votado pelo Congresso constituinte. (...) O Presidente Sarney não tinha força política para enviar um Projeto à Assembleia Constituinte, pois seria rejeitado. Qual a razão? Porque havia disputa, naquele momento, entre Ulysses e Sarney. Isso era 1987”. V. Nelson de Azevedo Jobim, “A constituinte vista por dentro – Vicissitudes, superação e efetividade de uma história real”. In: José Adércio Leite Sampaio (coord.), *Quinze anos de Constituição*, 2004. p. 10.

42 Ainda no depoimento de Nelson Jobim: “Restava à Assembleia Constituinte de 87 trabalhar no modelo de 46. (...) Nereu Ramos e a Assembleia Constituinte de 46 resolvem construir, dentro do seu conjunto, uma Comissão, chamada Grande Comissão Nereu Ramos, composta de Deputados e Senadores, para que se votasse um projeto para a Assembleia Constituinte de 1946. Podíamos, portanto, em 1987, fazer um processo constituinte pelo modelo de 46”. Essa possibilidade, segundo o mesmo relato, frustrou-se pelo fato de o Deputado Fernando Lyra, também do PMDB, ter decidido disputar a presidência da Câmara dos Deputados (e da Constituinte) com Ulysses Guimarães, e haver denunciado essa intenção de elaboração de um projeto por um grupo seleto. De posse do esboço, disparou, segundo relata Jobim: “Estão vendo o que o doutor Ulysses quer fazer? (...) Quer eleger a sua Grande Comissão, modelo de Nereu Ramos, composta, e lembrem-se dessa linguagem, composta pelo *clube do poir* ampliado, e vocês, deputados de segunda categoria, vão aguardar o trabalho no sabies”. E conclui Nelson Jobim: “E isto, ao se espalhar, ateou fogo dentro da Assembleia Constituinte. Eleito Ulysses, não havia mais como fazer um projeto de Constituição no modelo de 1946”. V. Nelson de Azevedo Jobim, “A constituinte vista por dentro – Vicissitudes, superação e efetividade de uma história real”. In: José Adércio Leite Sampaio (coord.), *Quinze anos de Constituição*, 2004. p. 11.

43 V. José Roberto Rodrigues Afonso, *Memória da Assembleia Constituinte de 1987/88:* as finanças públicas. Disponível em: www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/ acesso em 6 de junho de 2011.

44 Para uma descrição detalhada dos trabalhos da Assembleia Constituinte, v. Paulo Bonavides e Paes de Andrade, *História constitucional do Brasil*, 1991, p. 449 e s. V. tb. José Adércio Leite Sampaio, “Teoria e prática do poder constituinte. Como legitimar ou desconstruir 1988 – 15 anos depois”. In: José Adércio Leite Sampaio (coord.), *Quinze anos de Constituição*, 2004. p. 36; e Adriano Pilatti, A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo, 2008.

45 No âmbito das Subcomissões realizaram-se incontáveis audiências públicas, com ampla participação de setores econômicos, movimentos sindicais e entidades de classe.

46 A Comissão de Sistematização era presidida pelo Senador Afonso Arinos, tendo como relator o Deputado Bernardo Cabral, ex-presidente da Ordem dos Advogados do Brasil.

47 Nelson de Azevedo Jobim, “A constituinte vista por dentro – Vicissitudes, superação e efetividade de uma história real”. In: José Adércio Leite Sampaio (coord.), *Quinze anos de Constituição*, 2004. p. 12.

48 Enviado à Comissão de Redação, o Projeto ainda sofreria acréscimos de natureza

material, que obrigaram a uma nova votação em Plenário, em dois turnos e por maioria absoluta.

49 A Assembleia Constituinte, que teve a maioria de seus membros eleitos no embalo do sucesso temporário do Plano Cruzado, em novembro de 1986, teve o final dos seus trabalhos marcado pela disputa presidencial do ano de 1989 e pelos múltiplos interesses que ela engendrava.

50 *Constituição cidadã* foi o título de discurso proferido por Ulysses Guimarães, na presidência da Assembleia Constituinte, em 27 de julho de 1988, onde afirmou: “Repito: essa será a Constituição cidadã, porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros, vítimas da pior das discriminações: a miséria”. V. íntegra do texto em <http://www.fug-rs.org.br/arquivo/ulysses_disc_a_constituicao_cidada.pdf >. A expressão tornou a ser por ele utilizada quando da promulgação da nova Carta, em 5 de outubro de 1988, em discurso intitulado *Constituição coragem.* V. <http://www.fug-rs.org.br/arquivo/ulysses_disc_a_constituicao_cidada.pdf >. Acesso em 6 de junho de 2011. Acesso em 6 de junho de 2011.

51 No texto do *Preâmbulo*, a fotografia, retocada pela retórica e pelo excesso de boas intenções, do momento histórico de seu nascimento e das aspirações de que deveria ser instrumento: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

52 Tradicionalmente, as Constituições brasileiras, desde a do Império, abriam o seu texto com a organização do Estado e dos Poderes, e não com a declaração de direitos.

53 Para assegurar a posse de Goulart, adotou-se uma fórmula de compromisso: uma emenda constitucional foi aprovada às pressas, instituindo o sistema parlamentar com o fim de enfraquecer o poder do Presidente. O parlamentarismo nunca funcionou na prática e sua superação por plebiscito, em 1963, apenas acirrou a tensão política.

54 V. Abreu, Beloch, Lattman-Weltman e Lamarão, *Dicionário histórico-bibliográfico brasileiro*, v. V, 2001; <www.cpdoc.fgv.br>, verbetes José Sarney e Fernando Collor de Mello; Mario Sergio Conti, *Notícias do Planalto:* a imprensa e Fernando Collor, 1999; Pedro Collor, *Passando a limpo. A trajetória de um farsante:* memórias, 1993.

55 V. Abreu, Beloch, Lattman-Weltman e Lamarão, *Dicionário histórico-bibliográfico brasileiro*, v. V, 2001. p. 5301: “Em 2 de junho, o plenário da Constituinte determinou que o mandato de Sarney duraria cinco anos e marcou para 15 de novembro de 1989 a escolha do sucessor. Alguns anos mais tarde, Sarney revelaria, em entrevista à *Folha de S.Paulo* (22/8/1993), que, na expectativa da resolução da assembleia, informara ao ministro da Justiça, Paulo Brossard, que, caso a Constituinte optasse por reduzir seu mandato para quatro anos, entenderia o fato como uma ‘moção de desconfiança do Congresso’ e renunciaria. A decisão da Constituinte fez com que os membros do Bloco Independente do PMDB, partidários do prazo de quatro anos, abandonassem a legenda para fundar, em 24 de junho, o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB)”. V. tb. <www.cpdoc.fgv.br>, verbete José Sarney.

56 Em entrevista à *Folha de S.Paulo*, 18 fev. 2008, o ex-Presidente José Sarney reiterou sua posição em relação à Constituição: “Eu não tive condição nenhuma de influir na Constituinte, fiquei como contestador da Constituinte dizendo que ela ia tornar o país ingovernável. E na realidade isso ocorreu”.

57 A inflação, desde o início da década de 80 até meados da década de 90, assombrou o

país com índices mensais de mais de dois dígitos, desorganizando a economia, impedindo o planejamento de médio e longo prazos e corroendo os salários. O Plano Cruzado, deflagrado em 28 de fevereiro de 1986, trouxe resultados iniciais e ajudou o PMDB a eleger 22 dos 23 Governadores nas eleições de 1986, bem como 46 dos 72 Senadores e 260 dos 487 deputados. (Cabe relembrar que esses parlamentares, eleitos em 1986, exerceriam o papel de constituintes.) No entanto, pouco após as eleições de 15 de novembro, voltou-se à situação de descontrole inflacionário. Ainda no governo Sarney, foram lançados os Planos Cruzado II (novembro de 1986), Bresser (1987) e Verão (1989). Na passagem do governo a Fernando Collor, a inflação disparou, como registra Saulo Ramos, *Código da vida*, 2007: "Sarney (...) transmitiu o cargo a seu sucessor no mês de março, quando a inflação bateu em 84,32%, e isso em virtude das medidas anunciadas pelo próprio Collor, pois, até dezembro anterior, o surto inflacionário estava sob controle".

58 Concorreram com Collor, no primeiro turno, 24 candidatos, dentre os quais: Aureliano Chaves (PFL), Guilherme Afif Domingos (PL), Leonel Brizola (PDT), Luis Inácio Lula da Silva (PT), Mário Covas (PSDB), Roberto Freire (PCB), Paulo Maluf (PDS) e Ulysses Guimarães (PMDB). V. Abreu, Beloch, Lattman-Weltman e Lamarão, *Dicionário histórico-bibliográfico brasileiro*, v. II, 2001, p. 1443. V. tb. <www.cpdoc.fgv.br>, verbete Fernando Collor.

59 O Plano Brasil Novo, que ficou conhecido como Plano Collor, dentre outras medidas, extinguia 24 empresas estatais, reintroduzia o cruzeiro como moeda nacional, em substituição ao cruzado novo, previa o fim de cheques e títulos ao portador acima de determinados valores, instituía o câmbio flutuante, congelava preços e salários e previa a redução progressiva das alíquotas de exportação. V. Abreu, Beloch, Lattman-Weltman e Lamarão, *Dicionário histórico-bibliográfico brasileiro*, v. V, 2001. p. 1445. V. tb. <www.cpdoc.fgv.br>, verbete Fernando Collor.

60 A Medida Provisória n. 168, de 15.03.1990, instituiu o cruzeiro como nova moeda e dispôs sobre a "liquidez dos ativos financeiros". Na prática, tornou indisponíveis por 18 meses os depósitos à vista e os saldos de caderneta de poupança superiores a Cr$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzeiros).

61 O procedimento de *impeachment* é disciplinado na Lei n. 1.079, de 10.04.1950, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. O art. 14 da lei prevê ser permitido a "qualquer cidadão" – e, portanto, não a órgão público ou entidade privada – denunciar o Presidente da República ou ministro de Estado, por crime de responsabilidade, perante a Câmara dos Deputados.

62 Constituição Federal, art. 52, parágrafo único.

63 *Revista Trimestral de Jurisprudência*, edição especial intitulada *Impeachment*, 1996, MS 21.689-DF, Rel. Min. Carlos Velloso. Por maioria, o STF entendeu que as penas de perda do cargo e de inabilitação por oito anos eram autônomas e que, como consequência: "A renúncia ao cargo, apresentada na sessão de julgamento, quando já iniciado este, não paralisa o processo de 'impeachment'".

64 STF, *DJU* 13 out. 1995, AP n. 307-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão. A denúncia imputava ao ex-Presidente o crime de corrupção passiva (Código Penal, art. 317). Para uma crítica política e técnica a essa decisão, v. Evandro Lins e Silva, *O salão dos passos perdidos*, 1997.

65 De acordo com o DIEESE – Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos. V. <http://www.dieese.org.br/notatecnica/notatec36SalarioseBaixaInflacao.pdf>. Fernando Henrique Cardoso, que assumiria a área econômica quase sete meses depois, em 19 de maio de 1993, afirmou em seu *A arte da política*, 2006, p. 141: "Fui o quarto ministro da Fazenda em sete meses (...). A inflação poderia ultrapassar, se anualizada nos momentos

de pico, os 3.000% ao ano".

66 V. Fernando Henrique Cardoso, *A arte da política*: a história que vivi, 2006; <pt.wikipedia.org/wiki/Fernando_Henrique_Cardoso>; site do Instituto Fernando Henrique Cardoso: <www.ifhc.org.br>.

67 A EC 16, de 1997, permitia, também, a reeleição de governadores e prefeitos.

68 O prazo de mandato, no texto da Constituição original, era de cinco anos. A Emenda Constitucional de Revisão n. 5, de 7.06.1994, reduziu esse período para 4 anos.

69 A expressão "Consenso de Washington" foi cunhada por John Williamson, referindo-se ao "menor denominador comum" das políticas públicas recomendadas para os países latino-americanos, em 1989, pelas instituições financeiras baseadas em Washington, como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial. Tais políticas incluíam: disciplina fiscal, redirecionamento de gastos públicos para áreas como saúde primária, educação elementar e infraestrutura, reforma tributária para aumentar a base tributável, juros e taxa de câmbio fixados pelo mercado, abertura comercial, eliminação de restrições ao investimento estrangeiro direto, privatização, desregulamentação e respeito ao direito de propriedade. Com o tempo, a locução passou a ser associada, pelo pensamento de esquerda, ao "neoliberalismo" e aos efeitos negativos da "globalização". V. *site* do Center for International Development at Harvard University <http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/issues/washington.html>, com referências a John Williamson, "What Should the World Bank Think About the Washington Consensus?", *World Bank Research Observer*. Washington, DC: The International Bank for Reconstruction and Development, Vol. 15, n. 2 (August 2000), p. 251-64. V. tb. Déborah Barros Leal Farias, Reflexos da teoria neoliberal e do Consenso de Washington na Constituição brasileira de 1988, *Revista de Direito Constitucional e Internacional 59:*70, 2007.

70 A Emenda Constitucional n. 6, de 15.08.1995, suprimiu o art. 171 da Constituição, que trazia o conceito de "empresa brasileira de capital nacional", à qual poderiam ser outorgados proteção, benefícios especiais e preferências. A mesma emenda eliminou a exigência de controle por capital nacional para as empresas da área de mineração. Já a Emenda Constitucional n. 7, também de 15.08.1995, modificou o art. 178, extinguindo restrições protecionistas na navegação de cabotagem.

71 A Emenda Constitucional n. 5, de 15.08.1995, permitiu que os Estados-membros concedessem a empresas privadas a exploração dos serviços locais de distribuição de *gás canalizado*, que antes só podiam ser delegados a empresa sob controle estatal. A Emenda Constitucional n. 8, de 15.08.1995, suprimiu a exigência de que serviços de *telecomunicações* só poderiam ser explorados por empresa sob controle acionário estatal, permitindo a privatização das empresas de telefonia. E a Emenda Constitucional n. 9, de 9.11.1995, permitiu a contratação de empresas privadas para as atividades relativas à lavra, às pesquisas e a outras etapas do ciclo econômico do *petróleo*.

72 A Lei n. 8.031, de 12.04.90, ainda do governo Collor, instituiu o Programa Nacional de Desestatização, sendo depois substituída pela Lei n. 9.491, de 9.09.97. Os anos 90 foram assinalados por fecunda produção legislativa em temas econômicos, que incluiu diferentes setores, como energia (Lei n. 9.427, de 26.12.96), telecomunicações (Lei n. 9.472, de 16.07.97) e petróleo (Lei n. 9.478, de 6.08.97), com a criação das respectivas agências reguladoras; modernização dos portos (Lei n. 8.630, de 25.02.93) e defesa da concorrência (Lei n. 8.884, de 11.06.94).

73 Sobre concessões e permissões, vejam-se as Leis n. 8.987, de 13.02.95, e 9.074, de 7.07.95.

74 V. Luís Roberto Barroso, Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003, p. 283. Até o

início de 2002, haviam sido criadas no país as seguintes agências: a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL; a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL; a Agência Nacional do Petróleo – ANP; a Agência Nacional de Vigilância Sanitária; a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS; a Agência Nacional de Águas – ANA, e as recentes Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ. No primeiro governo Lula foi deflagrado um debate – que ficou inconcluso – acerca da legitimidade democrática da atuação das agências reguladoras, seu controle social e os riscos de captura pelo setor regulado. Sobre o tema, v. Alexandre dos Santos Aragão, O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de direito, *Revista de Direito Administrativo 242:*1, 2006.

75 Lei Complementar n. 101, de 4.05.2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. A lei procura restabelecer a saúde fiscal das entidades estatais, impondo a supremacia do orçamento e instituindo medidas relevantes como a fixação de limites para as despesas com pessoal e para a dívida pública, o estabelecimento de metas para controle de receitas e despesas e a limitação da atuação dos governantes em ano eleitoral.

76 A Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998, enfrentando grande resistência, modificou as regras referentes à aposentadoria, tanto no setor privado (regime geral, art. 201) quanto no público (regime próprio dos servidores, art. 40). A Reforma introduziu inovação substantiva na contagem do tempo para a aposentadoria, com substituição do critério *tempo de serviço* pelo *tempo de contribuição*, além da previsão de idade mínima para aquisição do direito de passar à inatividade.

77 A Emenda Constitucional n. 19, de 4.06.1998, criou a figura do subsídio para retribuição dos servidores públicos, refixou o teto remuneratório e procurou flexibilizar a estabilidade dos servidores públicos. Nenhuma dessas providências produziu o impacto esperado sobre a estrutura e sobre os gastos da Administração Pública.

78 A crise teve sua origem, em 2001, em razão da violação do sigilo do painel eletrônico do Senado Federal. Três destacados senadores responderam a acusações por abuso de poder e quebra de decoro e, após longa agonia, tiveram de renunciar para evitar a cassação. A Imprensa considerou que esta foi “a crise mais grave dos 175 anos do Senado” (V. *Almanaque Abril*, 2008. p. 342).

79 Em janeiro de 1999, na esteira de crises ocorridas em outros países da América Latina, como Equador e Argentina, o país sofreu grave abalo econômico, com queda significativa da Bolsa de Valores e ataque especulativo ao real, gerando perda de divisas internacionais e drástica desvalorização da moeda.

80 Lula escolheu como candidato a vice-presidente José Alencar, político e empresário mineiro, que representava a convivência harmoniosa com as classes produtoras. Além disso, em junho de 2002, em meio à campanha, credores e investidores internacionais foram tranquilizados com declarações de respeito às obrigações internacionais do país, veiculadas em uma “Carta aos brasileiros”. V. <http://pt.wikipedia.org/wiki/Carta_aos_Brasileiros_(Lula)>.

81 Foi sobretudo em torno da aprovação da Reforma da Previdência que ganhou corpo a criação do PSOL – Partido do Socialismo e Liberdade, fundado por parlamentares dissidentes do PT que foram expulsos do partido, como Heloísa Helena, Luciana Genro e João Batista.

82 Emenda Constitucional n. 41, de 19.12.2003. Sobre o tema, v. Marcelo Leonardo Tavares (org.), *A reforma da previdência social:* temas polêmicos e aspectos controvertidos, 2004; Paulo Modesto, *Reforma da previdência:* análise e crítica da Emenda Constitucional n. 41/2003, 2004; e Luís Roberto Barroso, Constitucionalidade e

legitimidade da Reforma da Previdência (ascensão e queda de um regime de erros e privilégios). In: *Temas de direito constitucional*, t. III, 2005. p. 167 e s.

83 Emenda Constitucional n. 45, de 31.12.2004. Para a aprovação da emenda, registre-se o empenho denodado do Ministro da Justiça do primeiro governo Lula, Márcio Thomaz Bastos. Sobre o tema, v. Sergio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Bottini (orgs.), *Reforma do Judiciário*, 2005; Tereza Arruda Alvim Wambier et. al., *Reforma do Judiciário*, 2004; Luís Roberto Barroso, Constitucionalidade e legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça, *Interesse Público 30:*13, 2005.

84 No início de maio de 2008, a agência de classificação de risco Standard & Poors elevou a avaliação do país para "grau de investimento" (*investment grade*), fato celebrado pelo governo, pela comunidade financeira e pela imprensa (v. Revista *Veja*, 7 maio 2008).

85 A denúncia foi recebida em relação aos quarenta acusados. V. STF, *DJU* 9 nov. 2007, Inq. 2245, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

86 Vejam-se alguns balanços anteriores, aos dez e aos quinze anos da Constituição, em: Margarida Maria Lacombe Camargo (org.), *Uma década de Constituição:* 1988 – 1998, 1999; Alexandre de Moraes (coord.), *Os 10 anos da Constituição Federal*, 1999; Uadi Lammêgo Bulos, Decênio da Constituição de 1988, *Revista de Processo 98:*307, 2000; Luís Roberto Barroso, Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom para você também?), *Revista Forense 346:*113, 1999; Fernando Facury Scaf (org.), *Constitucionalizando direitos:* 15 anos da Constituição brasileira de 1988, 2003; Ordem dos Advogados do Brasil, *15 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988:* comemoração: palestras: Carmen Lúcia Antunes Rocha, Paulo Bonavides, José Afonso da Silva; Paulo Roberto Soares de Mendonça, A Constituição de 1988, a globalização e o futuro, *Revista da EMERJ 25:*22, 2004.

87 V. Luís Roberto Barroso, *Discurso de despedida como Conselheiro do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana*, In: *Temas de direito constitucional*, t. IV, 2009, p. 545-9: "O Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana é uma janela privilegiada de onde se avistam imagens de um Brasil real, tristemente real. Atávico, primitivo, violento. O Brasil dos excluídos. O País dos grupos de extermínio, de ponta a ponta, tolerados, incentivados; da violência policial – mas não de uma violência policial autônoma: a polícia serve os desígnios da sociedade –; o País das chacinas variadas, de índios, de crianças, de pobres em geral; o País do sistema penitenciário sórdido. (...) Desprestigiadas, desequipadas, mal-treinadas e mal-remuneradas, as forças policiais protagonizam, rotineiramente, espetáculos desoladores de truculência. São de triste e recente memória as chacinas do Carandiru, de Eldorado dos Carajás e de Vigário Geral, ocorridas na última década do século XX. E quando estes episódios começavam a se embotar na memória, a chacina de dezenas de pessoas nos Municípios de Queimados e de Nova Iguaçu, menos de um ano atrás, vieram nos lembrar, mais uma vez, que muitos brasileiros são vítimas daqueles que deveriam protegê-los. (...) Mas o Estado brasileiro tem faltado à causa dos direitos humanos não apenas por ação, mas também por omissão. Nas grandes cidades brasileiras, parcela da população encontra-se submetida ao arbítrio do tráfico de drogas. O Estado democrático de direito ainda não alcançou as partes do nosso território onde vivem os mais humildes. A exclusão social não se traduz apenas como privação de direitos econômicos e sociais. Implica também a privação dos direitos mais básicos, como a inviolabilidade do domicílio e a liberdade de locomoção. O que se nega aos favelados brasileiros não é só a igualdade. É também a liberdade, na sua dimensão mais nuclear".

88 V. Ricardo Lobo Torres, A jusfundamentalidade dos direitos sociais, *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro 12:*1, 2003, e A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: Ingo Wolfgang Sarlet, *Direitos*

fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado, 2003; Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 1998 e Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise, *Ajuris 31:*103, 2004; Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios:* o princípio da dignidade da pessoa humana, 2002; Andreas Krell, *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, 2002; Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 1990; Marcos Maselli Gouvêa, *O controle judicial das omissões administrativas*, 2003.

89 V. Rogério Gesta Leal, A quem compete o dever de saúde no Direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional, *Revista de Direito do Estado 8:*91, 2007; e Fábio César dos Santos Oliveira, "Direito de proteção à saúde: efetividade e limites à intervenção do Poder Judiciário", *Revista dos Tribunais 865:*54, 2007.

90 Questões envolvendo escolhas difíceis entre bens jurídicos protegidos pela Constituição, como o desenvolvimento nacional, de um lado, e a preservação do meio ambiente, de outro, estiveram presentes na imprensa e nos tribunais, como a transposição do rio São Francisco e a construção de usinas hidroelétricas em área de floresta tropical. A esse propósito, o país ainda se ressente da falta de uma política clara e consistente em relação à Amazônia.

91 O STF exige que os Estados-membros observem o modelo federal e o princípio da simetria na maior parte dos temas relevantes, aí incluídos, por exemplo, o processo legislativo e as regras de aposentadoria.

92 Para uma visão crítica severa nessa matéria, v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *A revisão constitucional brasileira*, 1993. p. 5-6; e, tb., Organizações sociais de colaboração (descentralização social e Administração Pública não estatal), *Revista de Direito Administrativo 210:*184.

93 Luís Roberto Barroso, Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom para você também?), *Revista Forense 346:*113, 1999. p. 117-8: "A Constituição de 1988 convive com o estigma, já apontado acima, de ser um texto excessivamente detalhista, que em diversos temas perdeu-se no varejo das miudezas – seja no capítulo da Administração Pública, como no título da ordem tributária ou no elenco de mais de 70 artigos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para citar apenas alguns exemplos. Não escapou, tampouco, do ranço do corporativismo exacerbado, que inseriu no seu texto regras específicas de interesse de magistrados, membros do Ministério Público, advogados públicos e privados, polícias federal, rodoviária, ferroviária, civil, militar, corpo de bombeiros, cartórios de notas e de registros, que bem servem como eloquente ilustração".

94 Em prática singularíssima, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias foi tendo novos artigos e disposições acrescidos por emendas constitucionais, passando de 70 para 97 artigos (o art. 97 foi acrescentado pela EC 62, de 2009), sendo que muitos deles tiveram sua redação alterada, igualmente por emenda (a EC 56, de 2007, prorrogava prazo previsto no art. 76 do ADCT). Sobre o ponto, v. Oscar Dias Corrêa, Os 15 anos da Constituição de 1988 (breves anotações), *Revista da EMERJ 6:*15, 2003. p. 19: "E foi o que se viu: o ADCT, ao invés de servir, como usual, de roteiro à passagem do regime velho para o novo, *normas de transição*, na verdade se transformou em espaço que passou a recolher todas as normas não transitórias que não encontrassem lugar no texto vigente, e servissem às conveniências da hora".

95 A EC 2, de 1.09.1992, antecipou o plebiscito, previsto para 7 de setembro de 1993, para 21 de abril de 1993. A constitucionalidade da emenda foi arguida perante o Supremo Tribunal Federal, que considerou válida a medida. V. STF, ADIn 830-7, *DJU 16 set. 1994*, Rel. Min. Moreira Alves.

96 O Legislativo não exercitou, ao longo do período, sua competência para rejeitar

liminarmente medida provisória, no momento do seu recebimento. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, admitiu a prática da reedição de medidas provisórias (*e.g.*, *DJU* 19 dez. 2003, ADIn 1.614-MG, Rel. Min. Nelson Jobim) e entendeu que, como regra geral, os requisitos de relevância e urgência tinham natureza discricionária, só sendo passíveis de controle judicial em caráter excepcional (*e.g.*, *DJU* 27 fev. 2002, ADIn-MC 1.910-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; *DJU* 23 abr. 2004, ADIn-MC 2.213-DF, Rel. Min. Celso de Mello).

97 V. quadro geral das medidas provisórias no Brasil, antes e depois da EC 32, de 2001, no *site* eletrônico da Presidência da República <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Principal.htm>. A estatística referida encontra-se em *Almanaque Abril*, 2008. p. 67.

98 Respondendo a uma questão de ordem formulada pelo Deputado Regis de Oliveira, o Presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer, declarou que as medidas provisórias somente impediriam a votação de temas que pudessem ser veiculados por MP. Assim, estariam excluídos do trancamento de pauta, por exemplo, as propostas de emenda à Constituição e os projetos de lei complementar, que poderiam ser objeto de deliberação em sessão extraordinária. A decisão foi impugnada pela oposição, que viu diminuída a possibilidade de obstruir as pautas legislativas e, por isso, impetrou mandado de segurança perante o Supremo Tribunal Federal. Nada obstante, a orientação do Deputado Michel Temer restou mantida liminarmente pelo Min. Celso de Mello, relator do feito. V. STF, *DJe* 16 abr. 2009 , MS 27931-DF, Rel. Min. Celso de Mello.

99 De fato, ao contrário do que se passa em outros países, entre nós simplesmente não há debate público relevante acerca das grandes opções nacionais de gastos e de investimento. No ano de 2006, o orçamento foi aprovado cinco meses após o início do exercício, sem que houvesse qualquer consequência mais significativa e até mesmo sem que a maior parte da sociedade sequer se desse conta.

100 Sobre o tema, v. Eduardo Mendonça, *A constitucionalização das finanças públicas no Brasil:* devido processo orçamentário e democracia, 2010. V. tb., do mesmo autor, Alguns pressupostos para um Orçamento Público conforme a Constituição. In: Luís Roberto Barroso, *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*, 2007, p. 666: “Em um sistema presidencialista, como o existente no Brasil, a modificação do orçamento por ato unilateral e imotivado do Executivo deveria suscitar ainda mais perplexidade. Diversas razões podem exigir adaptações no orçamento e deve haver meios para realizá-las com a agilidade necessária e sem abrir espaço para o estabelecimento de um balcão de negócios entre os Poderes. Isso é diferente de dizer que o Executivo pode simplesmente ignorar as escolhas veiculadas na lei orçamentária e renovar todas as decisões a respeito da alocação de recursos sem qualquer exigência de fundamentação”.

101 Sobre o tema, v. Clèmerson Merlin Clève, *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 2000. Merecem registro, a propósito, algumas leis relevantes aprovadas na vigência da Constituição de 1988, quase todas de iniciativa do Executivo: o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13.07.1990); o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, 11.09.1990); a Lei de Licitações (Lei n. 8.666, de 21.06.1993); a Lei do Processo Administrativo (Lei n. 9.784, de 29.01.1999); a Lei n. 9.868, de 10.11.1999, que disciplina o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade; a Lei n. 9.882, de 3.12.1999, que disciplina o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental; o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257, de 10.07.2001); a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429, de 2.06.1992); o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.1.2002); e a Lei de Recuperação de Empresas (Lei n. 11.101, de 9.02.2005). A elas se somam diversas leis de reforma do Código de Processo Civil e as já mencionadas leis relativas a desestatização, concessões, petróleo,

telecomunicações etc.

102 Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, Comissões parlamentares de inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2002. p. 97 e s.

103 Sobre a questão, v. Vandré Augusto Búrigo, Sistema eleitoral brasileiro – a técnica de representação proporcional vigente e as propostas de alteração: breves apontamentos, *Revista de Informação Legislativa 39*:177, 2002, p. 182; e Fabiano Santos, Instituições eleitorais e desempenho do presidencialismo no Brasil, *Dados*, v. 42, n. 1, 1999. p. 8.

104 Por todos v. Luis Virgílio Afonso da Silva, *Sistemas eleitorais*, 1999. p. 160.

105 Por exemplo: nas eleições de 1994, o PFL, embora tenha conseguido 12,9% dos votos, obteve 17,3% das cadeiras, enquanto o PT, que contabilizou 12,8% de votos, conseguiu apenas 9,6% das cadeiras. V. Jairo Nicolau, As distorções na representação dos Estados na Câmara dos Deputados, *Dados*, v. 40, n. 3, 1997. p. 10; David Samuels, Determinantes do voto partidário nos sistemas eleitorais centrados no candidato: evidências sobre o Brasil, *Dados*, v. 40, n. 3, 1997. p. 10. Isso ocorreu porque o PT tinha maior representatividade em Estados sub-representados e o PFL, nos Estados super-representados. Nessas condições não é possível afirmar que a Câmara de Deputados possa representar fielmente o pluralismo de ideias que caracteriza o meio social.

106 Na redação original da Constituição, o Congresso Nacional se reunia entre 15 de fevereiro e 30 de junho e de 1º de agosto a 15 de dezembro. O art. 1º da EC 50, de 2006, fez ligeira alteração nos prazos, prevendo: “Art. 57. O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro”.

107 Disso resulta que, mesmo renunciando, o parlamentar estará sujeito à inelegibilidade de oito anos, prevista na Lei Complementar n. 64, de 18.05.90, com a redação dada pela Lei Complementar n. 81, de 13.04.94.

108 Refletindo esse sentimento, o presidente do Senado Federal e do Congresso Nacional, em entrevista à Revista *Veja*, de 2 abr. 2008. p. 13-14, declarou: “O Congresso deixou de votar, de legislar, de cumprir sua função. É uma agonia lenta que está chegando a um ponto culminante. Essa questão das medidas provisórias é emblemática da crise do Legislativo, que não é mais uma voz da sociedade, não é mais uma caixa de ressonância da opinião pública. Está meio sem função. O Congresso está na UTI, e ninguém do mundo político percebe que esse desapreço pelo Poder Legislativo é uma coisa que está minando as suas bases de sustentação (...). Hoje, o Congresso só quer atuar na fiscalização de outros poderes, através das CPIs, mas esquece que precisa antes fazer uma faxina dentro de casa”.

109 Uma das principais reformas constitucionais do período foi a do Judiciário, materializada na EC n. 45, de 31.12.2004, que criou o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público, institucionalizou figuras processuais como a súmula vinculante e a repercussão geral, previu a possibilidade de federalização dos crimes contra os direitos humanos e de se dar *status* constitucional aos tratados sobre direitos humanos, democratizou o acesso aos órgãos especiais dos tribunais de justiça e instituiu um direito fundamental à razoável duração do processo, em meio a outras providências.

110 Em seu discurso de posse na presidência do Supremo Tribunal Federal, em 23 de abril de 2008, o Ministro Gilmar Mendes se manifestou sobre o ponto: “Não há ‘judicialização da política’, pelo menos no sentido pejorativo do termo, quando as questões políticas estão configuradas como verdadeiras questões de direitos”. V. <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/posseGM.pdf>, acesso em 6 de abril de 2011.

111 STF, *DJU* 18 mar. 1994, ADIn 939-DF, Rel. Min. Sydney Sanches: “Uma emenda constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituinte originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição”.

112 STF, *DJU* 17 mar. 2006, ADIn 3367-DF, Rel. Min. Cezar Peluso.

113 STF, *DJU* 16 maio 2003, ADIn 1.946/DF, Rel. Min. Sydney Sanches. O STF deu interpretação conforme a Constituição ao art. 14 da EC n. 20, de 1998, para excluir do limite máximo dos benefícios pagos pela previdência social o salário da licença gestante, em nome da proteção da maternidade e da não discriminação da mulher no mercado de trabalho.

114 STF, *DJU* 12 abr. 2002, ADIn-MC 2.010-DF, Rel. Min. Celso de Mello.

115 STF, *DJU* 18 fev. 2005, ADIn 3105-DF, Rel. p/ ac. Min. Cezar Peluso.

116 STF, *DJU* 10 ago. 2006, ADIn 3.685-DF, Rel. Min. Ellen Gracie. O STF entendeu que a EC n. 52, de 8.03.2006, com novas regras sobre coligações partidárias (extinguindo a denominada “verticalização”), não poderia ser aplicada nas eleições que se realizariam a menos de sete meses de sua promulgação, violando a anterioridade exigida pelo art. 16 da Constituição.

117 STF, *DJU* 30 mar. 2007, ADIn 1.351-DF, Rel. Min. Marco Aurélio. O Tribunal considerou inconstitucionais dispositivos legais que condicionavam o funcionamento parlamentar a determinado desempenho eleitoral, o que acabaria limitando de maneira drástica a participação de alguns partidos no Fundo Partidário, bem como o tempo de que disporiam para a propaganda partidária nos meios de comunicação.

118 STF, *DJU* 7 maio 2004, RE 197.971-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa. A Corte determinou que o número de vereadores fosse reduzido, para ser fixado proporcionalmente à população dos Municípios, nos termos do art. 29, IV, da Constituição. Em nome do princípio da segurança jurídica, deram-se à decisão efeitos prospectivos.

119 STF, *Inf. STF 482*, j. 3 e 4 out. 2007, MS 26.602-DF, MS 26.603-DF e MS 26.604-DF, Rels. Mins. Eros Grau, Celso de Mello e Carmen Lúcia. O STF chancelou o entendimento manifestado pelo TSE de que “os partidos políticos e as coligações partidárias têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, se, não ocorrendo razão legítima que o justifique, registrar-se ou o cancelamento de filiação partidária ou a transferência para legenda diversa, do candidato eleito por outro partido”.

120 A questão foi apreciada no âmbito do RE n. 633703, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, cujo julgamento foi concluído em 24 de março de 2011.

121 STF, *DJU* 18 mar. 1994, ADIn 939-DF, Rel. Min. Sydney Sanches. Veja-se, a propósito, passagem do voto do Min. Carlos Mário Velloso: “No que tange ao princípio da anterioridade, deixei expresso o meu pensamento de que as garantias dos contribuintes, inscritas no art. 150 da Constituição, são intangíveis à mão do constituinte derivado, tendo em vista o disposto no art. 60, § 4º, IV, da Constituição”.

122 STF, *DJU* 19 mar. 2004, HC 82.424, Rel. Min. Maurício Corrêa. Da ementa do julgado constam as seguintes passagens que merecem destaque: “10. A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias antissemitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrímen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam. (...) 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode

constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica".

123 STF, *DJU* 1 set. 2006, HC 82.959-SP: "Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90".

124 STF, ADIn 3.510, Rel. Min. Carlos Ayres Britto. O julgamento, concluído em 29 maio 2008, foi marcado por uma intensa participação da sociedade civil, especialmente na audiência pública conduzida pelo relator – a primeira da história do Supremo Tribunal Federal.

125 O jugalmento foi concluído em 5 de maio 2011, no qual foram apreciadas, de forma conjunta, a ADPF 132 (ajuizada pelo Governador do Rio de Janeiro) e a ADPF 178 (ajuizada pela Procuradora-Geral da República e, posteriormente, reautuada como ADI 4277), ambas de relatoria do Min. Carlos Ayres Britto.

126 STF, ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio.

127 STF, *DJU* 12 maio 2000, MS n. 23.452-RJ, Rel. Min. Celso de Mello.

128 STF, *DJU* 4 ago. 2006, MS n. 24.831-DF, Rel. Min. Celso de Mello.

129 A matéria está sendo discutida no HC 84.548, Rel. Min. Marco Aurélio.

130 Prevista no art. 131 da Constituição, foi organizada pela Lei Complementar n. 73, de 10.02.93, que instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União.

131 Em seu discurso na posse do Ministro Gilmar Mendes, na presidência do Supremo Tribunal Federal, em 23 de abril de 2008, assinalou o presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Cezar Britto: "Aqui, a 'lógica policialesca' também ousa se instaurar. Volta-se a dizer que bandido bom é bandido morto, especialmente quando metralhado exemplarmente do alto de um helicóptero. Começa-se a pregar que no combate ao crime tudo é permitido. Dados da CPI dos Grampos revelam que mais de quatrocentas mil escutas telefônicas foram autorizadas judicialmente. E, longe de combatê-las ou coibir o seu abuso, as autoridades, hoje, disputam quem tem o maior poder de bisbilhotagem sobre a vida dos outros. (...) Por essa razão, a OAB tem se empenhado em denunciar ações que atropelam fundamentos elementares do Estado Democrático de Direito, a começar pelas prerrogativas da advocacia – que são, na verdade, prerrogativas do cidadão, já que a ele, à sua defesa, se destinam. Deflagram-se operações que põem em cena um arsenal de práticas ilegais e autoritárias: grampos ambientais em escritórios de advocacia, prisões espalhafatosas, cerceamento do trabalho dos advogados e a criminalização da própria atividade advocatícia. Quase sempre essas operações findam na libertação da maioria dos detidos, com ações de reparação junto à Justiça, por danos morais, a serem pagas pelo contribuinte". V. <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursocezarbritto.pdf>, acesso em 9 de junho de 2011.

132 Sobre o tema, v. Konrad Hesse, La fuerza normativa de la Constitución. In: *Escritos de derecho constitucional*, 1983. Trata-se da tradução para o espanhol de um ensaio seminal, publicado em 1958. V. tb., Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 2006. No modelo que vigorou na Europa até o segundo pós-guerra, a Constituição não era vista como uma norma invocável perante os tribunais. As proposições nela contidas funcionavam como mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição. Somente quando tais conteúdos eram desenvolvidos por atos do parlamento ou por atos administrativos, é que se tornavam

exigíveis judicialmente.

133 Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2006 (a primeira versão do texto é de 1987).

134 Aqui cabe relembrar que o constitucionalismo europeu seguiu trajetória diversa do americano até a segunda metade do século passado, quando iniciou um percurso de aproximação. Nos Estados Unidos, desde a primeira hora, a Constituição foi vista como um documento jurídico, dotado de supremacia e força normativa, passível de aplicação direta pelos tribunais. V. *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 1803.

135 Sobre o sentido e alcance dessa expressão, v. Pablo Lucas Verdú, *O sentimento constitucional*, 2004 (trad. Agassiz Almeida Filho).

136 Autores pioneiros nesse debate foram: John Rawls, *A theory of justice*, 1980; Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1977; Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, 1997 (1. ed. alemã 1986). Sobre o tema, vejam-se também: Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil:* lei, derechos, justicia, 2005 (1. ed. 1992); Ernesto Garzón Valdés e Francisco J. Laporta, *El derecho y la justicia*, 2000 (1. ed. 1996). No Brasil, vejam-se: Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 2004; Luís Roberto Barroso, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: *Temas de direito* constitucional, t. II, 2003; Antonio Carlos Diniz e Antônio Carlos Cavalcanti Maia, Pós-positivismo. In: Vicente Barreto (org.), *Dicionário de filosofia do direito*, 2006. A propósito do sentido do termo, v. a pertinente observação de Albert Calsamiglia, Postpositivismo, *Doxa 21*:209, 1998. p. 209: "En un cierto sentido la teoría jurídica actual se pude denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas. (...) Denominaré postpositivistas a las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política".

137 V. Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário*: Valores e princípios constitucionais tributários, 2005. p. 41: "De uns trinta anos para cá assiste-se ao retorno aos valores como caminho para a superação dos positivismos. A partir do que se convencionou chamar de 'virada kantiana' (*kantische Wende*), isto é, a volta à influência da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre ética e direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico. O livro *A Theory of Justice* de John Rawls, publicado em 1971, constitui a certidão do renascimento dessas ideias".

138 Sobre a interpretação constitucional contemporânea, v. Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2008, especialmente o capítulo "Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional".

139 A primeira parte da frase ("Ontem os Códigos; hoje as Constituições") foi pronunciada por Paulo Bonavides, ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998. O complemento foi feito por Eros Roberto Grau, ao receber a mesma medalha, em 2003, em discurso publicado em avulso pelo IAB: "Ontem, os códigos; hoje, as Constituições. A revanche da Grécia sobre Roma, tal como se deu, em outro plano, na evolução do direito de propriedade, antes justificado pela origem, agora legitimado pelos fins: a propriedade que não cumpre sua função social não merece proteção jurídica qualquer".

140 V. Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997. p. 6: "O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional". Vejam-se, também, Maria Celina B. M. Tepedino, A caminho de um direito civil constitucional, *RDC*

65:21, 1993, e Gustavo Tepedino, O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: Gustavo Tepedino (org.), *Problemas de direito civil-constitucional*, 2001.

141 Na Alemanha, a ideia da Constituição como ordem objetiva de valores, que condiciona a leitura e interpretação de todos os ramos do Direito, foi fixada no julgamento do célebre caso *Lüth*, julgado em 1958, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, que assentou: "Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho" (Jürgen Schwabe, *Cincuenta años de jurisprudência del Tribunal Constitucional Federal alemán*, 2003, Sentencia 7, 198). No caso concreto, o tribunal considerou que a conduta de um cidadão convocando ao boicote de determinado filme, dirigido por cineasta de passado ligado ao nazismo, não violava os bons costumes, por estar protegida pela liberdade de expressão.

142 O termo foi colhido em Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997. p. 33. Aparentemente, o primeiro a utilizá-lo foi Carmine Donisi, Verso la "depatrimonializzazione" del diritto privato. In: *Rassegna di diritto civile 80*, 1980 (conforme pesquisa noticiada em Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004. p. 115).

143 Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição, *Revista Trimestral de Direito Civil 4:*243, 2000: "(A) aferição da constitucionalidade de um diploma legal, diante da *repersonalização* imposta a partir de 1988, deve levar em consideração a prevalência da proteção da dignidade humana em relação às relações jurídicas patrimoniais". A respeito da *repersonalização* do direito civil, v. também Adriano de Cupis, *Diritti della personalità*, 1982.

144 Sobre este tema, v. Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004; e Jane Reis Gonçalves Pereira, *Direitos fundamentais e interpretação constitucional*, 2005.

145 V. Patrícia Batista, *Transformações do direito administrativo*, 2003; Gustavo Binenbojm, Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: Um novo paradigma para o direito administrativo, *Revista de Direito Administrativo 239:*1, 2005; Daniel Sarmento (org.), *Interesses públicos* versus *interesses privados*, 2005; Humberto Ávila, Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular", *Revista Trimestral de Direito Público 24*:159, 1999. V. tb. Diogo Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do direito administrativo*, 2000; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 2003; Odete Medauar, *Direito administrativo moderno*, 1998.

146 V. Ilona Szabó de Carvalho e Pedro Abramovay, O custo da violência. In: *O Globo*, 14 mar. 2008. p. 7, Opinião. À época em que publicaram o artigo, os autores eram, respectivamente, coordenadora do Programa de Segurança Humana do Viva Rio e Secretário de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça: "O país perde cerca de 50.000 brasileiros por ano, vítimas de homicídio. Segundo o IPEA, as perdas econômicas para a nação com a violência são de mais de 90 bilhões de reais por ano. A maior concentração de violência ocorre nas periferias das grandes cidades, locais de enorme desagregação social, sobretudo em consequência da ausência de políticas públicas consistentes para essas regiões". Sobre o tema da segurança pública, v. Cláudio Pereira de Souza Neto, A segurança pública na Constituição Federal de 1988, *Revista de Direito do Estado 8:19*, 2007.

147 A expressão "virtudes republicanas" é aqui utilizada para designar a preservação da integridade pessoal dos agentes públicos e a observância de padrões éticos de gestão da

coisa pública, que levem à promoção do interesse público, e não dos interesses particulares dos governantes ou de terceiros identificados. Tais virtudes se expressam nos princípios constitucionais da moralidade, da impessoalidade e da finalidade pública na ação política e administrativa. A expressão também é frequentemente empregada, no debate político, para denotar o exercício consciente e ativo da cidadania.

148 Com efeito, é preciso: 1. em relação à *legitimidade democrática*: a) propiciar maior identificação entre sociedade civil e classe política, com aumento da coerência entre discurso e prática, e maior visibilidade e controlabilidade da atividade parlamentar; b) conferir maior autenticidade programática aos partidos políticos, fomentando a fidelidade e mitigando a pulverização partidária; c) reduzir a influência do poder econômico no processo eleitoral, com o barateamento das campanhas, a limitação dos gastos e, eventualmente, o financiamento público; 2. em relação à *governabilidade*: a) facilitar a formação de maiorias de sustentação política do governo; b) institucionalizar as relações entre Executivo e Legislativo, com predomínio dos partidos e não do poder individual atomizado de cada parlamentar; c) criar mecanismos de superação de crises políticas, que impeça a longa agonia de governos que perderam sua base de apoio no parlamento e na sociedade; 3. Em relação às *virtudes republicanas*: a) eliminar o poder de barganha individual de cada parlamentar, gerador de mecanismos de troca de favores por votos; b) tornar o debate político mais programático e menos clientelista; c) esvaziar a necessidade de loteamento de órgãos públicos e de distribuição de cargos em troca de apoio.

149 V. Luís Roberto Barroso, A Reforma Política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil, *Revista de Direito do Estado 3:*287, 2006.

Teoria sobre as Teorias da Constituição

Ives Gandra da Silva Martins[1]

SUMÁRIO

1. Introdução. **2.** A teoria sobre as teorias. **3.** A ação declaratória no controle concentrado. **4.** Conclusão.

1. Introdução

Neste *Tratado de Direito Constitucional* que Carlos, Gilmar e eu estamos coordenando, decidi, por sua importância e em face dos brilhantes constitucionalistas, que aceitaram dele participar, com posições firmadas a respeito das diversas teorias da Constituição, ofertar ao leitor a minha pessoal visão sobre elas, assim como firmar uma teoria mais cética – teoria que há tempos defendo–, ceticismo, talvez, decorrente da idade, do amor ao estudo da história da humanidade e da participação, a convite de constituintes derivados anteriores a 1988 e originários de 1987/88, em variadas audiências públicas, seminários e conferências sobre a realidade constitucional.

Por esta razão, dedicarei este trabalho sobre minha teoria sobre as teorias da Constituição e – por ter participado dos debates sobre o controle concentrado de constitucionalidade, tendo sido membro da Comissão nomeada pelo Presidente Fernando Henrique, que redigiu a Lei n. 9.882/99 (ADPF) – numa 2ª- parte, tecer considerações sobre o alargamento deste tipo de controle abstrato pela Suprema Corte.

2. A teoria sobre as teorias

A evolução do direito constitucional, desde o aparecimento das duas Constituições modernas (Americana 1787 e Francesa 1791), sem esquecer o delineamento constitucional inglês, com a Magna Carta Baronorum (1215)

e o “Bill of Rights” (1678 e 1688), tem demonstrado uma notável adaptação às próprias soluções políticas que as comunidades organizadas em Estado vão estabelecendo, com a percepção ou geração de novos direitos – antes pouco refletidos ou inexistentes – e a repactuação dos convívios dos organismos internacionais, ou novas formas e acordos[2].

Há direitos que são inatos aos homens e mesmo nos 3 modelos constitucionais que formataram o constitucionalismo moderno, em que apenas os denominados direitos e garantias individuais deveriam ser realçados, já eram assim considerados, a meu ver, não por um processo historicista-axiológico, mas por serem inerentes aos seres humanos. Não é porque a evolução da cultura humana revelou que determinados direitos e princípios são bons e merecem ser garantidos e protegidos pelo Estado, que são eles naturais, mas porque verdadeiramente intrínsecos à natureza humana. Não cabe ao Estado outorgá-los em decorrência de sua percepção da realidade, mas, ao contrário, cabe-lhe apenas reconhecê-los, e não criá-los, por serem próprios do ser humano.

Nesta percepção de que há direitos que o Estado pode criar e outros que apenas pode reconhecer, reside a essência dos direitos fundamentais da pessoa humana, de certa forma realçados nos 3 primeiros modelos, em que o Estado (a Coroa, no início do modelo inglês) serviria apenas como entidade a serviço do cidadão ou do governado[3].

O equilíbrio, no modelo inglês, entre o Estado (Coroa) e o povo (barões e servidores); a predominância do conceito de pátria, a que governo e povo deveriam servir, no modelo americano e a predominância do destinatário, ou seja, do cidadão, no modelo francês, formatam a origem do constitucionalismo moderno, preocupado em dizer quais são os direitos dos cidadãos e por que formas o Estado pode, através de seus governos, estar a serviço dos ideais da comunidade.

As questões sociais decorrentes da industrialização e concentração das populações nas cidades, com sensível exploração da parte mais fraca (o empregado), levaram às diversas teorias socialistas, culminando com o diploma máximo para solução de tais embates (a Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII), assim como com as Constituições Mexicana (1917) e Alemã (1919), onde houve a inclusão dos direitos sociais. Seguiram-se diversos outros textos, já, a partir da segunda metade do século passado, com inserção de novos direitos, como os ambientais, à informação, os

coletivos e difusos, à qualidade de vida comunitária, falando-se, pois, em direitos de 3a e 4a gerações.

O certo, também, é que as estruturas políticas dos governos e as composições dos Estados foram se alterando, com as monarquias sendo substituídas pelas Repúblicas e as democracias prevalecendo sobre as ditaduras, nada obstante as recaídas próprias dos choques, das diferenças entre os povos, da corrupção de governos democráticos, das guerras regionais ou globais, por força de interesses econômicos ou sonhos de domínio, visto que a natureza humana não é confiável, no poder.

Não sem razão, Montesquieu, ao idealizar, lastreado em Locke, sua tripartição de poderes, sublinhava ser importante o poder controlar o poder, porque o homem não é confiável no poder[4].

Se Lord Acton dizia que o poder corrompe e o poder absoluto corrompe absolutamente, é de se lembrar, no "Conceito do Político", a lição de Carl Schmitt, que, na sua teoria das oposições, considera a Ciência Política como aquela que opõe o amigo ao inimigo, retornando à teoria maquiavélica de que é bom o príncipe que mantenha o poder, mesmo que mau governante, e mau o príncipe que perca o poder, mesmo que bom governante.

A Comunidade Internacional, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, está em franca mudança. As colônias têm adquirido independência e os países desenvolvidos depois de terem dado saltos de qualidade no desenvolvimento econômico e cultural com consideráveis reflexos sociais, desde 2008 vivem uma crise cujo fim ainda não se vislumbra. Isso com o crescimento dos países emergentes de maior expressão e uma acomodação de países subdesenvolvidos, que sofrem a crise financeira em menor escala do que o primeiro mundo. O drama europeu, com Grécia, Irlanda e Portugal sobrevive à custa de ajudas externas, e o receio de contaminação de economias como da Espanha e da Itália torna o futuro do próprio espaço criado incerto.

Em nosso livro (João Sousa Andrade, Fernando Alexandre, Pedro Bação, Paulo Rabello de Castro e este autor) editado em Portugal pela Ed. Universidade de Coimbra e no Brasil pela Lex Editora, em 2009, intitulado *A crise financeira internacional*, deixamos claro que não vemos, a curto prazo, mudança sensível no quadro, a não ser que a insensatez dos países fundamentalistas ou da Coreia do Norte provoque incidente global.

O certo é que as configurações sociais foram mudando, com o

aparecimento de blocos, cujo fortalecimento agrega um componente novo à teoria constitucional, como ocorreu e está ocorrendo com a União Europeia, que, de rigor, não é uma Confederação, mas uma autêntica Federação de países. O conceito de soberania ampla cede ao de soberania limitada, pela cessão de elementos em prol de uma sobressoberania comunitária, em que os organismos respectivos (Parlamento Europeu, Comissão, Conselho, Tribunal Europeu, de Contas e Banco Central) estabelecem diretrizes a serem seguidas pelas comunidades, sem possibilidade de contestação interna, por força da prevalência das decisões do Tribunal Europeu sobre os tribunais locais, em assuntos comunitários.

O teste de sua sobrevivência como um bloco harmônico de países está sendo realizado, agora, com o Euro no centro das polêmicas e políticas orçamentárias de diversos de seus países.

É de se lembrar, entretanto, que a incineração da Constituição Europeia, a partir de sua rejeição por dois países (Holanda e França), em verdade, não alterou o contexto da União Europeia, até porque aquela Constituição era a consolidação das diretrizes que já conformavam o direito comunitário, que foi fortalecido após o Tratado de Lisboa.

Em síntese, o constitucionalismo comunitário trouxe novos elementos, principalmente para os diversos blocos que vão se firmando, seja como zonas de livre comércio, como uniões aduaneiras ou mesmo como Mercados Comuns, estágios preparatórios de uma comunidade de nações.

A par de tais acordos, é de se lembrar toda a espécie de acordos com os mais variados objetivos e a aceitação, pelos principais textos constitucionais, da prevalência dos tratados internacionais sobre o direito local.

Tudo isto leva a uma nova concepção da teoria da Constituição, neste mundo em permanente alteração.

As diversas teorias sobre a Constituição focam-na em face de sua dimensão, de seu conteúdo, de seus princípios, dos regimes jurídicos que hospeda, dos tipos de direitos que são prevalecentes, das técnicas que introduz de interpretação da legislação decorrencial, da supremacia de suas normas, sempre, todavia, o elemento jurídico sendo o prevalecente[5].

Nada obstante ser a Constituição um documento apenas formalmente jurídico, mas intrinsecamente político, econômico e social, para nós, os constitucionalistas, o elemento jurídico é sempre o mais relevante, embora

nitidamente veiculador, em face do conteúdo que albergue.

Por esta razão há uma tensão permanente entre as normas constitucionais, que o jurista luta por fazer prevalecer, e a prática constitucional, que o político termina por impor, levando, em todos os países do mundo, os Tribunais Superiores – mais políticos que jurídicos – a tender fazer prevalecer o aspecto político da estabilidade institucional sobre o aspecto jurídico formal de garantias e soluções, muitas vezes consideradas utópicas.

Assim, por exemplo, a Constituição Americana impõe que a entrada dos Estados Unidos em uma guerra seja precedida de autorização do Congresso americano[6].

Desde 1941 – última vez que o Congresso americano pronunciou-se para autorizar o país a entrar em guerra – em todos os conflitos de que os americanos participaram, essa participação deu-se por determinação exclusiva do presidente americano, com o artifício, aceito pela Suprema Corte, de ausência de declaração de guerra – com o que a *guerra real não representa guerra formal*, para a "práxis" estadunidense desde 1941, com o aval da Justiça.

Esta permanente tensão entre a realidade política de um país e os princípios constitucionais, que opõe, *permanentemente*, o jurista ao aplicador do Direito, o intérprete ao governo e o povo ao Estado, torna grande parte das teorias de reflexão acadêmica passíveis de aplicação apenas em tempos de absoluta normalidade, de paz e de progresso incontestáveis, o que vale dizer, em períodos que quase nunca ocorrem, na história da espécie humana.

Em verdade, viver em sociedade é viver em permanente alerta, o que, no século em que estamos, cresceu de tal forma que se pode dizer: viver já não é mais viável para amadores. O homem, para ser bem-sucedido, no plano interior, individual e social, deve encarar uma competição que ultrapassa, em grande parte, a sua resistência psíquica, razão pela qual os consultórios de psicólogos e psiquiatras estão cada vez mais repletos.

E, no campo político, isto é, na arte-ciência de governar segundo os princípios da Constituição, principalmente nos regimes democráticos – nas ditaduras, o ditador impõe e elimina seus adversários –, a questão que se põe é consideravelmente mais complexa. As teorias constitucionais de reflexão acadêmica são de pouca utilidade, na medida em que a evolução humana exige, de forma crescente, soluções novas, que ultrapassam de

muito as formulações universitárias e doutrinárias, que caminham sempre atrás dos acontecimentos políticos e históricos.

Em outras palavras, não são as doutrinas, os princípios e as normas constitucionais que formatam a história e o evoluir da espécie humana, mas, exclusivamente, os fatos por ela gerados, que terminam por dar perfil à doutrina e aos princípios do direito primeiro, que é o constitucional.

Exceção àquelas normas que o Direito apenas pode reconhecer – ou seja, os princípios fundamentais da dignidade humana, que são pertinentes ao direito natural – todas as demais conformações e normas de convivência, desenhadas no texto constitucional, são decorrenciais, formuladas pelos doutrinadores após a percepção dos acontecimentos que permitem ao homem viver em sociedade, organizar-se sob um determinado regime e constituir um Estado, com poder, povo e território reconhecidos pela comunidade internacional[7].

Na teoria do direito constitucional moderno, todas as reflexões realizadas – como já era no passado – são decorrenciais dos acontecimentos históricos, que permitem aos doutrinadores formular mera classificação dos acontecimentos, à luz do Direito.

As teorias de direito constitucional não são senão um processo classificatório das soluções políticas que a história vai revelando e que terminam sendo adotadas pelas comunidades, como forma de sobrevivência e convivência social.

Exemplo típico é aquele do Tratado de Lisboa, que resgatou ao nível de Tratado a frustrada Constituição Europeia, e cuja relevância é inquestionável entre os países da Comunidade.

Em resumo, o que pretendo, de forma perfunctória, dar relevo, neste breve estudo, é que as teorias do direito constitucional:

1) são uma classificação da história política juridicizada dos diversos povos;
2) decorrem de processos históricos e pouco os influenciam, servindo de mero “estoque de prateleira”, à disposição dos movimentos políticos, em permanente mudança;
3) adaptam-se às novas realidades – como a rejeitada Constituição europeia, já em pleno vigor sem tal conformação, através das diretivas comunitárias –, formulando-se sempre novas soluções; as passadas servem, no máximo, para reflexão acadêmica e evolução de países

menos avançados nos caminhos da democracia;

4) são permanentes, em todos os textos modernos, os direitos fundamentais do ser humano – a meu ver, direitos inatos e imodificáveis – que conformam os regimes democráticos;

5) a escultura das modernas constituições é decorrente de um processo historicista-axiológico e as teorias constitucionais meras adaptações posteriores, classificatórias e enunciadoras dos acontecimentos que as antecedem e as perfilam;

6) vale o seu referencial, menos para orientar os processos políticos geradores do direito constitucional de um povo ou de uma comunidade de nações, e mais para permitir aos não políticos – juristas e operadores do Direito – a percepção do fenômeno existencial e da vida política, individual e social do homem, ao longo da história, ajudando-o a conviver, na sociedade democrática [8].

3. A ação declaratória no controle concentrado

Em 25 de janeiro de 1992 (p. 7 – Caderno de Justiça), escrevi artigo para o jornal *O Estado de S.Paulo* sugerindo a adoção de controle positivo de constitucionalidade – visto que já havia o negativo (ação direta de inconstitucionalidade) – e propondo que se lhe desse o nome de "ação declaratória de constitucionalidade". Minha proposta baseara-se no fato de que o Governo Collor pretendia, no denominado "Emendão", estabelecer "avocatória" em formatação mais agressiva que a existente nos tempos do regime de exceção e afastada pela Constituição de 1988[9].

Ante a proposta do Governo Federal e a inexistência de algum mecanismo próprio para levar à Suprema Corte questão de relevância que pudesse provocar descompasso nas instituições, pareceu-me razoável propor o controle concentrado positivo de constitucionalidade, em que a Suprema Corte devesse enfrentar não só argumentos de natureza política, mas necessariamente os de natureza jurídica.

A proposta do Governo Federal, apresentada por Antonio Kandir, permitia a avocação pelo Supremo Tribunal Federal mediante os argumentos da relevância e grave lesão às instituições, sem necessidade de exame do "*fumus boni juris*"[10].

Em minha sugestão, dado início ao processo de controle concentrado, todos os interessados poderiam manifestar-se, por meio das entidades elencadas no art. 103 da Lei Suprema, com o que algum contraditório haveria, para que a Suprema Corte decidisse se seria ou não constitucional a lei ou o ato normativo.

Gilmar Ferreira Mendes houve por bem, com o apoio de Roberto Campos – a quem eu enviara um texto pessoal e que considerara válida a sugestão –, apresentar minuta de texto constitucional, em que adotava o nome por mim sugerido, mas adaptava a figura a sua formação germânica – é doutor pela Universidade de Münster, na Alemanha–, tendo sua redação sido encampada pela Emenda Constitucional n. 3/93, no art. 102, inciso I, letra *a*, que passou a ter a seguinte dicção:

"Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal"[11].

Nas diversas conversas que mantivemos no período, demonstrei certo inconformismo pela retirada de algumas garantias que considerava fundamentais em minha proposta, tais como a participação facultativa de todas as entidades elencadas no art. 103, dentro do prazo de 15 dias da publicação do ingresso da ação. Cheguei, inclusive, a propor ação direta de inconstitucionalidade da Emenda n. 3/93, pela Associação Nacional dos Magistrados, ação que, não conhecida por falta de legitimidade ativa, mereceu, todavia, pela relevância da tese, ser apensada à Ação Declaratória n. 1, proposta pelo Governo Federal, objetivando considerar constitucional a exigência da COFINS[12]. Muito embora viesse a Suprema Corte a considerar constitucional não só o veículo processual como a imposição fiscal, os eminentes ministros do Sodalício Maior entenderam que tal ação apenas poderia ser proposta em havendo, comprovadamente, sólida divergência jurisprudencial, o que levou a sua pouca utilização, pois, se o Governo restar vencido em seus argumentos nas instâncias inferiores, não desejará propor uma ação com efeito vinculante, que lhe possa ser desfavorável, e se os resultados forem positivos, as próprias instâncias inferiores encarregar-se-ão de desestimular pretensões contrárias aos

interesses governamentais.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 corrigiu a lacuna que motivou o meu inconformismo, quando da edição da Emenda Constitucional n. 3/93, hospedando a tese que eu defendera. Está assim redigido o *caput* do art. 103: "Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade todas as entidades elencadas e antes autorizadas apenas a propor ações diretas de inconstitucionalidade".

Gilmar e eu, todavia, entendemos que valeria a pena publicar um livro sobre o novo veículo processual de natureza constitucional, que terminou sendo publicado pela Editora Saraiva com a colaboração de inúmeros juristas e por nós dois coordenado[13].

Em face das sucessivas reedições do mesmo texto – a última edição está esgotada –, fomos procurados para autorizar nova reedição.

Decidimos, então, não autorizá-la, pois, sobre estar defasada, não ultrapassaram os autores, em seus escritos, os limites da ADC 1 – o presidente sancionou a Lei n. 9.868/99, que objetiva disciplinar essa ação e as ações diretas de inconstitucionalidade. Assim, não mais pelo Regimento Interno ou pela interpretação da Suprema Corte, mas por força do texto legislativo, o controle concentrado de constitucionalidade encontra-se regulado[14].

Propusemos a edição de um novo livro, intitulado *Controle concentrado de constitucionalidade*, em que comentaríamos, os dois, o texto dessa lei, que fora de certa forma elaborado, em sua fase inicial, por comissão de juristas de renome, sob a coordenação de Gilmar Mendes, hoje um dos maiores doutrinadores mundiais sobre controle concentrado de constitucionalidade.

O livro que elaboramos, hoje na 3ª edição pela Saraiva, foi consideravelmente alargado depois da 1ª edição, por força da própria jurisprudência da Suprema Corte[15].

Não elaboraremos uma nova edição, pois passamos a divergir no concernente à Lei n. 12.063/2009, já que entendo que não cabe jamais, em matéria legislativa, ao Supremo Tribunal Federal o direito de legislar. É, sim, o guardião da Constituição (art. 102), mas não um constituinte derivado ou legislador, por força do art. 103, § 2º, assim redigido: "§ 2º *Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para*

a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias".

Declarada a omissão, pode apenas comunicar o Congresso estar se omitindo de forma inconstitucional, sem definir prazo para elaboração da norma e sem aplicar qualquer sanção.

Em uma visão, a meu ver equivocada, na leitura do texto supremo, o Pretório Excelso passou a ser legislador positivo, nomeando candidatos a governador derrotados em vez do Presidente da Assembleia Legislativa, como seria por respeito ao princípio da Constituição Federal (art. 80), impondo a fidelidade partidária sem que o art. 17 da Lei Suprema autorizasse tal limitação aos mandatos eletivos e criando novo tipo de família em franca oposição ao texto constitucional, que não admite a união homossexual como entidade familiar, mas apenas a união de um homem com uma mulher (art. 226, §§ 1º a 5º).

Nossas posições, nesta parte conflitante, embora sejam convergentes em tantas outras, todavia, não permitem mais que as reedições do livro continuem.

4. Conclusão

Com as duas perfunctórias reflexões aqui apresentadas, foi minha intenção fugir um pouco à linha dos bem elaborados trabalhos que constam do presente livro, no que diz respeito à meditação constitucional, pois entendo que no direito constitucional, mais do que em qualquer ramo do direito, a origem dos institutos, princípios e normas está vinculada à formatação dos políticos-legisladores. Por isto, sempre afirmei que se a "lei ordinária pode ser mais inteligente que o legislador, porém dificilmente a Constituição será mais inteligente que o constituinte, por ser este o único antecedente direto da norma constitucional".

1 Professor Emérito das Universidades Mackenzie/UNIFMU/UNIFIEO/UNIP, das Escolas

de Comando e Estado Maior do Exército-ECEME e Superior de Guerra-ESG e do CIEE/*O Estado de S.Paulo*. Presidente do Conselho Superior de Direito da Fecomercio-SP.

2 Celso Bastos sobre a evolução inglesa escreveu: “O século XVIII registrou conquistas muito importantes. Os dois primeiros Reis Stuarts sofreram violenta reação do Parlamento quando tentaram regredir para o absolutismo monárquico. Logo em 1628, foi arrancada do rei a petição de direitos, pela qual se confirmavam direitos e liberdades anteriormente adquiridos.

Sucederam-se os conflitos entre o rei e o Parlamento que conduziram à dissolução deste último durante onze anos. Após esse período convocou-se novo Parlamento, sobreveio a Guerra Civil, decapitou-se o rei e implantou-se a República em 1649, que no fundo encerrava uma ditadura parlamentar contra a qual se insurgiu uma revolução liderada por Cromwell, que estabeleceu um governo autoritário e pessoal. Com a sua morte a monarquia foi restaurada. O que é certo, contudo, é que nada obstante ter o Parlamento sofrido nesta época grandes dificuldades, fundamentalmente foram mantidas as prerrogativas obtidas no seu período áureo (ditadura parlamentar).

O Reinado dos Stuarts terminava com a Revolução Gloriosa de 1688 que, sem derramamento de sangue, destronou o rei e colocou um outro, de uma nova dinastia, no seu lugar (Guilherme de Orange). Abriu-se, então, um período de grandes conquistas parlamentares. Os próprios fatos históricos estavam a demonstrar que a nova monarquia era implantada por decisão do Parlamento. Na ocasião, inclusive, extraiu-se nova concessão régia, denominada *Bill of Rights*, que encerrou a trasladação, para o Parlamento, de uma série de prerrogativas que até então eram exercidas pelo rei. Vê-se, assim, como foi-se processando, na Inglaterra, uma gradual deslocação dos privilégios monárquicos em favor do Parlamento”. MARTINS, Ives Gandra; BASTOS, Celso (coords.). *Parlamentarismo ou Presidencialismo?* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 4-5 (Série Realidade brasileira).

3 Javier Hervada ensina: “El derecho se inserta en el sistema racional de relaciones sociales, que son relaciones interpersonales – de persona a persona – en las cuales el hombre actúa en su condición de ser personal y responsable; son, pues, los que hemos llamado actos humanos aquellos a través de los cuales el hombre actúa jurídicamente, esto es, actúa como persona en el mundo de las relaciones jurídicas. Si recordamos la distinción de la ciencia jurídica entre actos y hechos, es claro que los actos de los que habla la ciencia jurídica pertenecen a la categoria de los que en moral reciben el nombre de actos humanos; en cambio, los llamados en moral actos del hombre deben ser considerados por el jurista como hechos, pues no tienen mayor relevancia jurídica que el resto de los eventos o acontecimientos físicos o naturales. En consecuencia, el tratado de los actos según la ciencia del derecho natural ha de fundarse en ia teoría del acto humano.

2. La actuación personal del hombre en la vida jurídica – la actuación jurídica o actos de la persona en el mundo jurídico – reviste dos modalidades:

a) El acto justo, o sea, el acto por el cual el hombre cumple lo justo conmutativo, legal o distributivo; dentro de esta actuación reviste especial importancia lo referente a la justicia legal, es decir, aquellos actos que son conformes con la ley (acto lícito). En sentido contrario se dan el acto injusto y el acto ilícito. Un ejemplo puede ser el delito. b) Un segundo tipo de actuación se da a través de aquellos actos que originan, modifican o extinguen relaciones jurídicas y, con ellas, derechos y obligaciones o deudas. Este tipo de actos se llaman actos jurídicos. Por ejemplo, los contratos, el testamento, etc.” (*Cuatro Lecciones de Derecho Natural*, Eunsa, Pamplona, 1998. p. 22-3).

4 Escrevi: “Montesquieu, ao elaborar o seu ‘Do Espírito das Leis’, fê-lo a partir de duas realidades que o impressionaram vivamente, a saber: o sucesso político do modelo inglês

e a absoluta descrença na natureza humana.

Do modelo inglês tirou, pelas lições de Locke e por sua observação pessoal, a certeza de que o controle exercido pela monarquia e pelo povo sobre o Parlamento e o Gabinete ofertariam a estabilidade necessária à harmonia de poderes, posto que ninguém poderia exercê-los de forma absoluta, em função dos freios e contrafreios de uns sobre os outros.

Montesquieu introduziu, de forma científica, a tripartição dos poderes, acrescentando à observação inglesa e aos estudos de Locke, o Poder Judiciário, como poder independente.

É interessante notar que a lição inglesa não permitia fosse realçado o Poder Judiciário, visto que o exercício da administração da justiça na tradição costumeira insular – mais dádiva do Estado e do monarca que um direito da plebe – levou Montesquieu a nele descortinar um complexo orgânico formado a partir da lição dos romanos, pela influência do pretorianismo semi-independente, assim como da dos bárbaros e povos autóctones pela experiência milenar do direito repetitivo. Não se esqueceu, por outro lado, da influência da Igreja até a Reforma. Assim, não obstante, à época de Montesquieu, o poder-dever de julgar e a certeza da administração de justiça ter evoluído, na Inglaterra, a razoável grau de independência, Locke não chegou a descortinar força própria de separação, como o fez Montesquieu.

Montesquieu intuiu a importância de tal independência, na medida em que a natureza humana é fraca e a fraqueza a serviço da força do poder provoca, decorrencialmente, a prática de uma justiça injusta.

A necessidade, portanto, de o poder controlar o poder, fê-lo separar o exercício da feitura das leis (Poder Legislativo), de execução das normas (Poder Executivo) e de interpretação oficial do Direito e aplicação da Justiça (Poder Judiciário). Ao dizer: ‘Acontece sempre que todos os homens, quando têm poder, se inclinam a seu abuso, até encontrar limites’ e ao concluir que necessário seria que o ‘poder constitua um freio para o poder’ sintetizou sua praticidade a partir da descrença na natureza humana.

A tipologia clássica externa dos governos bons ou maus, ou de governos monárquicos, aristocráticos ou democráticos ou, na preocupação da época, a sua divisão em repúblicas, monarquias e governos despóticos, se acrescentou, em Montesquieu, a tipologia interna da divisão dos poderes, quaisquer que sejam as formas exteriores que apresentam. Sua pessoal visão excluiu, entretanto, os governos despóticos, isto porque a tripartição apenas se torna possível em governos moderados.

Foi Montesquieu criticado, no período, porque se entendia que o poder dividido não é o poder e nem pode ser acionado, convenientemente, nos momentos de crise nacional, em face dos próprios freios criados. O tempo veio demonstrar, todavia, que há mecanismos capazes de dar eficiência maior de funcionamento ao sistema misto que ao poder absoluto e concentrado” (MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Separação de Poderes no Brasil*. Brasília: PrND/IASP, 1985. v. IV p. 27-8).

5 Paulo Otero inclusive relativiza a supremacia da Constituição ao dizer: “A hierarquia das normas integrantes deste modelo de sistema jurídico, encontrando a sua unidade numa abóbada cimentada pela Constituição, parte, porém, de dois pressupostos: o monopólio da lei como modo de revelação do Direito e o monopólio do Estado como criador e aplicador da lei.

Sucede, todavia, que nem a lei é a única fonte de Direito, nem o Estado tem o monopólio da criação do Direito: a Constituição não tem, por isso mesmo, o exclusivo definidor das fontes de Direito, nem goza de uma supremacia absoluta dentro do sistema jurídico.

A força normativa da Constituição encontra-se, por efeito de um erro nos respectivos pressupostos conceptuais, relativizada: num sistema jurídico que não se esgota no direito escrito ou proveniente de fontes formais, a Constituição nunca pode ser vista como a

cúpula ou a abóbada de todo o sistema.

2. A relativização da força normativa da Constituição pode dizer-se que começou historicamente dentro da própria Constituição, produzindo-se, por esta via, um verdadeiro fenômeno de fragmentação hierárquico-normativa interna ao texto constitucional: a Constituição foi gerando no seu seio diferentes graus de força jurídica das suas normas, permitindo delas extrair um entendimento que, ao contrário das concepções dominantes, configura a existência de um estratificado escalão de níveis de incidência ordenadora da realidade.

Nem todas as normas integrantes de uma Constituição formal têm igual força jurídica: a força normativa da Constituição dependerá, por conseguinte, dos diferentes níveis de força operativa das normas constitucionais, habilitando que deles se extraia uma ordenação hierárquica das regras, princípios e valores constitucionais, razão pela qual também aqui se poderá falar em relativização da força normativa do texto constitucional.

Não existe, deste modo, uma igualdade hierárquica entre todos os preceitos constitucionais, verificando-se que o princípio da unidade hierárquico-normativa da Constituição, postulando a exclusão de relações de supra e infra- ordenação dentro da lei constitucional, se afirma como postulado contrariado pela história e pela técnica das normas constitucionais" (*O direito contemporâneo em Portugal e no Brasil.* São Paulo: Saraiva, 2004. p. 33-34).

6 Edward S. Corwin assim se refere sobre a origem do inciso XI da Seção VII do artigo 1º- da Constituição americana: "11. Declarar guerra, conceder cartas de corso e de represálias e ditar regulamentos relativos às presas feitas em terra e no mar.

O Poder de Guerra; Teorias sobre sua fonte.

Este parágrafo, junto aos parágrafos 12, 13, 14, 15, 16 e 18, seguintes compreende o 'Poder de Guerra' dos Estados Unidos, mas, em conjunto, não exaurem tal poder. Formularam-se três opiniões diferentes da fonte e objetivo desse poder nos primeiros anos da Constituição, tendo as mesmas durante mais de um século e meio batalhado pela supremacia. No Federalista, sustentou Hamilton a teoria de que o poder de guerra é um agregado de poderes particulares – os mencionados acima. Em 1795, elaborou-se a teoria de que ainda anteriormente à adoção da Constituição o povo americano havia afirmado seu direito de combater na guerra como uma unidade e agir, no tocante a todas as suas relações estrangeiras, como uma unidade, sendo pois tal direito um atributo da soberania; e, por conseguinte, não dependente de concessões expressas da Constituição. Uma terceira opinião foi vagamente sugerida pelo Chief-Justice Marshall, quando, em McCulloch v. Maryland, citou o poder 'de declarar e conduzir a guerra' como um dos 'poderes enumerados' de que podia ser deduzido o poder do Governo Nacional de autorizar o funcionamento do Banco dos Estados Unidos. Durante a Guerra Civil, as duas últimas teorias foram endossadas pela Corte Suprema. Mas depois da primeira Guerra Mundial, a Corte, através do juiz Sutherland, como relator, de repente bandeou-se firmemente para a teoria do 'atributo da soberania'. Disse, então: 'O poder de declarar e conduzir a guerra, os de concluir a paz, realizar tratados e manter relações diplomáticas com outras soberanias teriam sido outorgados ao Governo Federal como poderes inerentes da nacionalidade, ainda que não houvessem sido mencionados na Constituição'; e embora a Corte, em 1945, tenha emprestado sua aprovação, talvez um pouco ao acaso, à teoria dos 'poderes enumerados', não pode haver dúvida de que o atributo da 'teoria da soberania' justifica melhor as atuais decisões da Segunda Guerra Mundial" (CORWIN, Edward S. *A Constituição Norte-Americana e seu significado atual.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, p. 85-6).

7 Escrevi: "A essência da lei natural moral, como afirma Messner, é dirigir o homem para a plenitude de sua natureza, o que vale dizer, para o seu verdadeiro ser.

Não sendo a conduta moral para ele uma necessidade fatal, mas decorrência de sua autodenominação, pode, evidentemente, no convívio social, ordenar-se ou para a sua plena realização ou para sua gradual corrupção e extermínio.

Muito embora o livre exercício de sua vontade não decorra de uma tendência irreversível, há algo que se vincula à tendência de buscar essa plenitude e que o homem experimenta como imperativo de consciência, de tal maneira que, quando age contra esta, há um período em que sente tal violação. Mesmo quando o hábito de violentar a consciência a amortece, fazendo-a perder a sensibilidade, essa necessidade subsiste independente dos aspectos positivos ou negativos que a vão afetar. Kant afirma que 'a consciência de uma livre submissão a não violação à lei' liga-se 'a uma coação inevitável'.

Messner, por essa razão, considera que tal necessidade é 'simultaneamente condicional e condicionada', porque depende da mesma forma da autodeterminação e da procura da plenitude da natureza. Para mostrar que a plenitude da natureza não tolera senão um agir conforme a lei natural, mostra como basta um homem infringir a lei natural para perder sua plenitude e agir de uma maneira infra-humana.

Por isso, a necessidade da consciência, como imanente, é uma necessidade de dever-ser e não de coação, de tal maneira que a deontologia vincula, por consequência, o homem à lei natural-moral. E, portanto, a lei natural-moral um imperativo da natureza" (*Teoria da Imposição Tributária*, 2. ed., LTr, 1998, p. 385-6).

8 Karl Loewenstein lembra que: "Llegado a este punto, nuestro análisis del fenómeno del poder se ve confrontado con un hecho psicológico fundamental. Es evidente, y numerosas son las pruebas de ello, que allí donde el poder político no está restringido y limitado, el poder se excede. Rara vez, por no decir nunca, ha ejercido el hombre un poder ilimitado con moderación y comedimiento. El poder lleva en si mismo un estigma, y sólo los santos entre los detentadores del poder –y dónde se pueden encontrar?– serían capaces de resistir a la tentación de abusar del poder. En nuestra exposición ha sido hasta ahora usado el concepto 'poder' para designar un elemento objetivo del acontecer político sin ninguna cualificación ética; sin embargo, el poder incontrolado es, por su propia naturaleza, malo. El poder encierra en sí mismo la semilla de su propia degeneración. Esto quiere decir que cuando no está limitado, el poder se transforma en tirania y en arbitrario despotismo. De ahí que el poder sin control adquiera un acento moral negativo que revela lo demoníaco en el elemento del poder y lo patológico en el proceso del poder. De esta doble faz del poder fue plenamente consciente Aristóteles cuando enfrentó las formas 'puras' de gobierno a las formas 'degeneradas': las primeras están destinadas a servir al bien común de los destinatarios del poder; las segundas, al egoísta interés de los detentadores del poder. El famoso – frecuentemente mal citado – epigrama de lord Acton hace patente de manera aguda el elemento patológico inherente a todo proceso del poder: 'Power tends to corrupt, and absolute power tends to corrupt absolutely'. El poder tiende a corromper y el poder absoluto tiende a corromperse absolutamente" (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel Derecho, 1986. p. 28-29).

9 Arnoldo Wald lembra o fato, assim dizendo: "Por outro lado, coube ao Professor Ives Gandra Martins desenvolver a ideia de uma ação declamatória de constitucionalidade que obedecesse ao devido processo legal e refletisse a posição do Judiciário. Efetivamente, quando o Governo Collor enviou ao Congresso Nacional projeto de Emenda Constitucional, coube ao ilustre tributarista encontrar uma fórmula 'para evitar mal maior', de acordo com suas palavras. A proposta previa um amplo debate, permitindo que, no prazo regulamentar para que o Ministério Público falasse, todas as entidades com legitimidade ativa para a ação direta de inconstitucionalidade pudessem ingressar no feito, contestando os fundamentos da ação, como assistentes.

15) Na ocasião, combatendo a avocatória e justificando o novo instrumento processual por ele concebido, afirmou o professor Ives Gandra Martins que: ‘Manifesto-me, hoje, contra a emenda constitucional que pretende reintroduzir a avocatória. Entendo, todavia, que o controle real da constitucionalidade não pode ficar apenas nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, ou contra ato ou lei, maculados pelo vício maior no universo jurídico.

Há necessidade de uma ação de contrapartida, isto é, uma ação ‘declaratória de constitucionalidade’, cuja titularidade para proposição seria de todas as pessoas elencadas no artigo 103 da Constituição Federal, que cuida das ações diretas de inconstitucionalidade”.

16) Indicando as vantagens da ação direta de constitucionalidade, prosseguiu o eminente mestre do nosso direito e batalhador incansável em favor dos direitos e liberdades individuais, expondo que: “Entre as vantagens de tal proposta sobre a avocatória, militam: a) a competência do Supremo Tribunal Federal seria originária e não decorrencial; b) os motivos para sua proposição seriam ‘jurídicos’ e não meramente ‘políticos’; c) não haveria interferência direta nas decisões de 1a instância suspendendo sua eficácia, mas decisão definitiva sobre a questão suscitada; d) em questões polêmicas, a uniformização far-se-ia com rapidez, ofertando-se ao cidadão e ao Estado uma interpretação definitiva.

Gilmar Mendes, em seu excelente *Controle da constitucionalidade* (Ed. Saraiva, 1990), lembra, na evolução do direito alemão, o caminho seguido, desde as ações de inconstitucionalidade à Corte Constitucional até as ações declaratórias de constitucionalidade com o que a Corte Constitucional do país, hoje, tanto pode ser acionada para declarar a inconstitucionalidade quanto a constitucionalidade de atos e leis de federação germânica.”

17) E finalizou, exemplificando os efeitos benéficos das soluções por ele preconizadas: ‘O impasse gerado pelos 147% dos aposentados talvez sirva para uma reflexão maior sobre a matéria e a eventual substituição da emenda constitucional, que reintroduz a avocatória, por uma nova emenda propondo, no elenco do artigo 103, a ação declaratória de constitucionalidade, cujos titulares seriam as mesmas pessoas legitimadas a propor a ação de inconstitucionalidade.

Se já tivéssemos o remédio processual, o Supremo Tribunal Federal, certamente, teria se manifestado, e o drama gerado pelas variadas decisões sobre os 147% já teria, de uma forma ou de outra, sido resolvido. A meditação sobre o tema, portanto, faz-se necessária” (GANDRA FILHO, Ives. *Ação declaratória de constitucionalidade.* São Paulo: Saraiva, 1996. p. 20-1).

10 Arnoldo Wald, por seu lado, formulou também proposta nos termos que seguem: “A nossa proposta foi no sentido de, ‘em relação a determinadas situações, leis complementares, talvez leis fiscais, leis orgânicas, estabelecer um procedimento legislativo um pouco mais complicado, mas que ensejaria eventualmente o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, logo após a aprovação no Congresso Nacional, evitando que esses problemas venham a se perpetuar sem solução. Pode ser que não seja a solução mais interessante para os advogados, mas certamente o será, em certo sentido e a longo prazo, uma vez que teremos uma Justiça descongestionada. O que aconteceu com a Justiça Federal em virtude dessas inúmeras decisões inconstitucionais, nestes últimos três, quatro anos, é que ela não funciona mais, está paralisada, sem condições de operar. Não adianta também criarmos uma Justiça com (mais) cinco mil, dez mil juízes porque não há material humano para tanto. Então talvez, a solução pudesse ser análoga à que se admitiu em outros países. Mas acho que como o problema é pragmático, e não apenas de tradição, cabendo admitir que, nesses casos, ou por provocação de um deputado ou de uma forma qualquer e até por determinação

constitucional, houvesse uma competência do Supremo Tribunal Federal para, nas leis fiscais, nas leis complementares, apreciar o projeto de lei, depois de sua aprovação, no prazo de trinta dias, após o que iria à sanção. Talvez não seja uma ideia muito válida dentro dos quadros tradicionais, mas talvez seja pragmática, para encontrar soluções adequadas. Porque realmente não temos nenhuma medida para impedir que o Congresso aprove uma lei inconstitucional. Quando essa apreciação 'a posteriori' se torna, por motivos justificáveis em relação à Corte, praticamente prejudicada no decorrer do tempo, acabamos tendo, na realidade, a institucionalização de uma injustiça, ou seja, em certo sentido a institucionalização da inconstitucionalidade porque ela já produziu seus efeitos e não temos meios adequados de corrigi-la" (*Ação declaratória de constitucionalidade*. cit., p. 19).

11 Gilmar Ferreira Mendes, sobre a EC n. 3/93, escreve: "No contexto da reforma constitucional-tributária de emergência, patrocinada pelo Governo Federal, foi introduzida no nosso ordenamento a chamada ação declaratória de constitucionalidade, cuja decisão definitiva, nos termos expressos da Constituição, há de ser dotada de eficácia '*erga omnes*' e efeito vinculante para os órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo (CF, art. 102, I, 'a', e § 2).

Já a proposta de emenda relativa à ação declaratória provocara intensa polêmica. As associações de magistrados manifestaram o seu veemente protesto. Juristas de nomeada sustentaram a sua inocuidade, inconveniência e inconstitucionalidade.

A Ordem dos Advogados do Brasil reuniu um grupo de juristas formado pelos Professores Geraldo Ataliba, Sérgio Sérvulo, Souto Maior Borges, Eduardo Bottallo e Mizabel Derzi para apreciar a proposta, tendo os referidos professores vislumbrado inúmeras inconstitucionalidades na proposta, como se pode depreender do elenco de vícios apontados:

– o instituto estaria eivado de grave e irreparável vício técnico, porquanto não seria possível identificar-se o réu – e, assim, definir seu respectivo universo e afastar-se-ia qualquer simetria com a Ação Direta de Inconstitucionalidade; – tal ação possuiria características mais graves do que a avocatória, pois comprometeria a garantia do devido processo legal (CF, art. 59, LVI), os princípios da ampla defesa, do contraditório e da dupla instância de julgamento (art. 5º, LV). Ademais, afetar-se-ia severamente o direito de acesso do cidadão ao Judiciário, contrariando o princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 52, XXXV). Pela ofensa a tais direitos fundamentais, seria evidente a inconstitucionalidade da emenda em face do disposto no art. 60, § 4º, IV, da Constituição; – a ação direta de constitucionalidade converteria o Judiciário em legislador, afastando-o da função que lhe é inerente – a saber, a distribuição da Justiça no caso concreto – e ofendendo o princípio da divisão de poderes. Ademais, verificar-se-ia o bloqueio do acesso do cidadão ao Poder Judiciário, prejudicando o princípio da universalidade da jurisdição. Ter-se-ia, ainda, a destruição do controle difuso; – a ação declaratória comprometeria o órgão de cúpula com a elaboração legislativa, inibindo o Judiciário todo e, via de consequência, impediria os cidadãos de invocarem a proteção jurisdicional. Ao abolir o contraditório, a emenda criou um processo sem parte, sem duplo grau de jurisdição e sem recursos.

Também o Professor Ives Gandra vem sustentando a inconstitucionalidade da ação declaratória por entender que, na sua atual conformação, ela acarreta ofensa ao princípio do devido processo legal e do contraditório" (*Ação declaratória de constitucionalidade*. cit., p. 51).

12 O Ministro Moreira Alves, relator da Ação Declaratória n. 1.1, referiu-se ao fato: "Em novo despacho, de 20.08.93, o eminente Relator levantou incidentemente a prejudicial de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 3, de 1993, no tocante à instituição da

ação declaratória de constitucionalidade, em face da controvérsia sobre o assunto, retratada na ADIn n. 913-3, intentada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, cujos autos estão apensados à presente ação, e determinou a abertura de vista à Procuradoria-Geral da República, para manifestação a respeito (fls. 351).

4) Na citada ADIn n. 913-3, não conhecida por falta de legitimidade ativa *ad causam*, a Associação dos Magistrados Brasileiros sustenta que a ação declaratória de constitucionalidade suprime a função criadora judicial e garantias fundamentais, intangíveis ao poder de reforma constitucional, por força do art. 60, § 4º, IV, da Lei Maior, como a de acesso ao Judiciário, a devido processo legal, a da ampla defesa e do contraditório, inscritas no art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal.

5) Considera ainda que a inovação termina por atribuir ao Supremo Tribunal Federal a condição de órgão consultivo do Legislativo e do Executivo, para exercer verdadeira função legislativa, violando o princípio da separação de Poderes, que também constitui cláusula pétrea da Carta de 1988, gerando ainda perplexidade, porque a atividade da Suprema Corte é dirigida unicamente à confirmação da presunção de validade da lei" (*Ação declaratória de constitucionalidade*. cit., p. 184).

13 Foram os seguintes os autores de trabalhos: Ana Maria Scartezzini, Arnoldo Wald, Celso Bastos, Edvaldo Brito, Fátima Fernandes Rodrigues de Souza, Gilmar Ferreira Mendes, Hugo de Brito Machado, Ives Gandra da Silva Martins, José Rogério Cruz e Tucci, Marcelo Figueiredo, Moreira Alves, Néri da Silveira, Octavio Gallotti, Paulo Brossard, Carlos Velloso, Marco Aurélio de Mello, Ilmar Galvão e Francisco Rezek.

14 Ana Maria Scartezzini teceu duas hipóteses sobre a EC n. 3/93: "Justifica-se tal fato ante a presunção de que toda lei, até prova em contrário, é constitucional; somente após exame substancial acurado, mediante técnicas previstas no bojo da Constituição, é possível retirar-se do mundo jurídico norma que lhe é contrária, sustando-se sua eficácia.

Assim, nem se declara a legitimidade do ato administrativo, nem a constitucionalidade da lei. O Estado não necessita declarar que sua atividade é legítima, seja no exercício de sua competência legislativa, seja no de competência administrativa.

Evidentemente, a declaração de constitucionalidade tem por escopo, em matérias de interesse relevante para o Governo Federal, evitar a proliferação de lides nos diversos graus de jurisdição, com possibilidade de ocasionar decisões contraditórias, em prejuízo da segurança jurídica.

A segurança jurídica seria alcançada na medida em que o Supremo Tribunal Federal, órgão competente para apreciar a arguição, como ápice do Poder Judiciário, dirimiria a questão com definitividade, sem possibilidade de ocorrência de decisões conflitantes prolatadas pelos juízes singulares e pelos tribunais superiores.

O argumento não subsiste ante o desrespeito ao princípio do contraditório, consagrado no sistema constitucional vigente, na medida em que as decisões nas ações declaratórias de constitucionalidade 'produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo'.

Nenhuma previsão, contudo, existe no sentido de possibilitar ao cidadão, que sofrerá os efeitos dessa decisão, intervir na ação e deduzir os argumentos que lhe pareçam relevantes na defesa de seus interesses.

O direito de defesa tem remota origem no brocardo '*quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*', que revela o sentido de perpetuidade, inerente ao homem, de defender-se" (*Ação declaratória de constitucionalidade*. cit., p. 8).

15 Sylvio Motta e William Douglas, sobre a nova lei, ensinam: "Com o advento da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, inaugurou-se um novo capítulo na história do controle da constitucionalidade das leis em nosso país. Correndo o risco inerente daqueles que ousam analisar um sistema recém-criado, achamos por bem, desde já, ressaltar alguns

pontos interessantes deste inovador diploma legal.

Miguel Reale já chamava a atenção para o fato de que ‘a nossa jurisprudência tem obedecido a uma crescente adequação ao mundo dos fatos, segundo o ensinamento inesquecível de Teixeira de Freitas, em 1860, de que ‘a vida real não existe para os sistemas, pelo contrário, os sistemas devem ser feitos para a vida real’, é prevalecente, não resta dúvida, o elemento normativo ou técnico dogmático em nossa concepção de Direito’. Inegável, portanto, seja a jurisprudência uma das fontes mais respeitáveis do Direito, tendo a seu favor a possibilidade de alteração e consequente evolução de forma mais célere que a lei formal. Essa introdução é necessária para caracterizar o enfoque desta nova legislação que, ao que parece, pretende ‘legalizar’ a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da fiscalização abstrata” (*Controle de constitucionalidade* – teoria e questões. Brasília: Consulex, 2000. p. 103).

O Estado Constitucional Solidarista: Estratégias para sua Efetivação

Valdir Ferreira de Oliveira Junior[1]

SUMÁRIO

1. Introdução. **2.** Compreensão do Estado Constitucional Solidarista. **2.1.** Fundamentos teóricos e filosóficos do Estado Constitucional. **2.2.** O lugar constitucional do pensamento solidarista. **3.** Impactos do pensamento solidarista na organização do Estado. **3.1.** Reflexos da Solidariedade no modelo Federalista – Federalismo Cooperativo. **3.2.** Solidariedade e democracia – Da cidadania solidária. **3.3.** O papel dos órgãos de soberania na construção do Estado Solidário. **3.4.** Princípio da Cooperação – O Estado Constitucional Solidarista na ordem Internacional – Constitucionalismo multinível. **3.5.** Solidariedade enquanto fundamento da República – Uma nova proposta. **4.** Estratégias para a efetivação do Estado Solidarista. **4.1.** O mínimo existencial. **4.2.** Jurisdição e realização dos direitos fundamentais. **4.3.** Estratégias solidaristas de desenvolvimento econômico e bem-estar social. **5.** Considerações finais. **6.** Referências.

1. Introdução

O direito constitucional chega ao século XXI numa trajetória ascendente, absorvendo conquistas das mais diversas ciências e consciências. Os programas normativos (dispositivos) constitucionais referentes aos direitos fundamentais situam-se num contexto de centralidade no sistema jurídico. A Jurisdição Constitucional torna-se guardiã (cri)ativa das conquistas históricas da sociedade. Os Órgãos Estatais passam a compreender o seu caráter instrumental no processo de realização do programa político fundamental estabelecido na constituição – eles constituem o meio para realização da finalidade constitucional e desta realização retiram a sua legitimidade.

Por maior que seja o esforço em revelar novas possibilidades de concretização dos direitos fundamentais e compreender o fenômeno constitucional, toda tentativa será vã sem a clara percepção de que a solidariedade constitui a identidade e principal fundamento do direito no terceiro milênio.

A natureza humana revela, dentre outros, dois instintos básicos – obter prazer e evitar a dor. O sistema de garantias e direitos fundamentais, enquanto criação humana, jamais poderia divergir da sua própria natureza. Saúde, lazer, moradia, liberdade, dignidade, educação, alimento, família, segurança, propriedade-função social, trabalho, vida, igualdade, paz, meio ambiente sadio e sustentável e os demais bens jurídicos fundamentais constituem, de maneira interdependente, o núcleo existencial mínimo de necessidades básicas de qualquer ser humano. A maximização dos seus efeitos constitui o projeto de vida dos integrantes das mais diversas culturas.

O maior de todos os equívocos que a sociedade contemporânea poderia cometer seria compreender os direitos fundamentais isoladamente (visão cartesiana). Tais direitos existem num contexto de solidariedade objetiva e subjetiva. Os direitos fundamentais apenas existem solidariamente, a negação de determinado direito fundamental acarreta a negação de todos os demais (solidariedade objetiva). Afastar qualquer indivíduo da simples possibilidade de viver dignamente ou ter acesso a qualquer direito fundamental, nos afasta da nossa própria condição humana (solidariedade subjetiva). A universalidade através dos direitos fundamentais e humanos constitui a possibilidade de realização do sonho kantiano de uma ética universal.

A ideia de solidariedade traz, dentre outros aspectos que serão oportunamente aprofundados ao longo do texto, dois grandes impactos no pensamento constitucional. O primeiro deles diz respeito aos direitos fundamentais e sua inserção no constitucionalismo global através de cartas constitucionais supranacionais ou da recepção dos direitos humanos incorporados em tratados internacionais através de cláusulas constitucionais de abertura (art. 5º, § 2º e § 3º da Constituição Federal do Brasil). O segundo impacto cria novo paradigma na compreensão da Organização do Estado Constitucional, tanto no aspecto externo (princípio da cooperação, interdependência, interconstitucionalidade, interculturalidade, democracia inclusiva e cidadania supranacional) quanto interno (princípio da capacidade de servir, pluralismo, felicidade, multiculturalismo, tolerância, cidadania multidimensional, democracia negativa, igualdade de oportunidades).

Revelar possibilidades de compreensão e concretização do pensamento solidarista constitui o principal objetivo deste trabalho, que busca

identificar caminhos para que as escolhas constitucionais (legislativas, judiciais, executivas, orgânicas ou populares) se aproximem da ideia de justiça, fomentando e realizando a felicidade humana.

A interpretação e concretização dos direitos fundamentais e humanos, principalmente nos países em que os direitos essenciais à realização da condição humana são constitucionalizados em virtude de sua carência no plano fático, devem passar por critérios diferenciados de compreensão do que aqui se denomina Estado Constitucional Solidarista.

A concretização constitucional e o pensamento solidarista caminham juntos. Onde um está separado do outro, cessam as possibilidades de construirmos uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, CRFB).

A realização do ideal de solidariedade traduz-se no maior de todos os desafios da Ciência do Direito, sempre buscando a reaproximação do programa normativo (*sollen* – dever ser – texto) do âmbito ou domínio normativo (*sein* – ser – contexto)[2]. O solidarismo traduz-se em novo paradigma científico e caminho a ser necessariamente percorrido por nossos juristas, buscando a prevalência dos valores éticos e do compromisso social com a realização dos direitos fundamentais e humanos[3] através da construção do Estado Constitucional Solidarista.

Esse estudo busca demonstrar que não existe outro caminho para a humanidade concretizar a dignidade humana, que não seja o da realização dos seus direitos fundamentais através da nova realidade constitucional denominada Estado Solidarista. *Este Estado não é simplesmente algo que sentimos. É algo em que, processualmente, nos transformamos*.

Deixemos em aberto o caminho para a concretização do pensamento solidarista[4], compreendendo a historicidade das ideias-força que o impulsionaram, sem, no entanto, nos anularmos para que a história se revele em nosso lugar, mas refletindo dialeticamente sobre a historicidade da própria compreensão, apresentando a visão de solidariedade tanto útil quanto necessária à realização do objetivo fundamental de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

2. Compreensão do Estado Constitucional Solidarista

2.1. Fundamentos teóricos e filosóficos do Estado Constitucional

Quando se fala em *Estado de Direito*, *Rechtsstaat*, *L'État légal*, ou *Rule of Law*, está a se referir ao que Canotilho chama de Estado de Direito democrático-constitucional[5], ou simplesmente Estado Constitucional[6], todos eles alicerces da *juridicidade estatal*.

As formações conceituais aqui apresentadas refletem não apenas o real, o já seguramente alcançado. O Estado Solidarista não é apenas possível forma (futura) de desenvolvimento do tipo "Estado Constitucional"[7]; ele já assumiu conformação na realidade e é, necessariamente, a forma necessária de estatalidade legítima do amanhã, de reafirmação da justiça social, do pluralismo e dos direitos fundamentais.

Muito mais importante que fortalecer a solidariedade no âmbito estatal é fortalecê-la na (e a partir da) sociedade, compreendendo a sua complexidade e o seu pluralismo. Complexidade que não se reduz à falaciosa dicotomia Estado-Sociedade. Pluralismo que se afirma na ideia de tolerância, respeito às diferenças, luta pelas minorias excluídas do acesso aos mais diversos direitos fundamentais, diversidade de ideias e expectativas de vida e, acima de tudo, pelo fortalecimento dos laços de solidariedade social. Toda mudança institucional será vã se não partir dessas premissas. Tais premissas constituem verdadeiro paradigma na interpretação e concretização do texto constitucional em seu conjunto.

O Estado possui razão de existir, fundamento que lhe confere legitimidade e permanência. O Contratualismo, em termos gerais, afirma que o Estado é produto da decisão racional do homem em face da necessidade social. Dentre os filósofos políticos que seguem tal corrente de pensamento estão: Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704) e Jean-Jacques Rousseau (1712-1778).

Em Hobbes tal razão será a *paz* e a *segurança* que deve o Estado garantir perante a sociedade beligerante, afinal, em sua concepção, "o homem é o lobo do próprio homem". Sem a espada os pactos não são senão palavras, dirá Hobbes. Na sua concepção, os termos do contrato se darão da seguinte forma: o Estado assume estrutura institucional que na prática se apresentará virtualmente *autossuficiente*, pela magnitude das suas atribuições, *autorreferencial* pelos fundamentos do seu poder, *hermética* por sua

impermeabilidade aos reclamos dos súditos, *incondicional* porque o cumprimento dos seus fins é incompatível com a formulação de reservas por parte dos contratantes no momento de contratar, *impune*, pois toda sanção pretendida aplicável ao soberano seria uma sanção do súdito contra si mesmo, e *irreversível* devido aos perigos de retorno à situação pré-contratual[8]. Seu produto institucional é o Estado absolutista[9].

Locke fundamenta a existência do Estado na garantia da liberdade, propriedade e igualdade entre os indivíduos. Os homens em estado de natureza são *livres* para ordenar seus atos e para dispor de suas *propriedades* conforme sua própria vontade, dentro dos limites da lei natural, sem necessidade de pedir permissão e sem depender da vontade de outra pessoa e são *iguais*, visto que não haja coisa mais evidente que o fato de seres da mesma espécie e idêntica natureza, nascidos para participar sem distinção de todas as vantagens da natureza e para servir-se das mesmas faculdades sejam também iguais entre si, sem subordinação ou sujeição[10]. Seu modelo de Estado é o liberal (mínimo) e o homem é por natureza um ser egoísta que quer apenas o seu progresso pessoal. O Estado deve fixar as regras (legislação), difundir seu conhecimento (educação), evitar sua violação (segurança) e castigar seu descumprimento (justiça)[11]. Locke também afirma o direito de resistir à opressão do governante que descumpre os termos estabelecidos no contrato[12].

Rousseau afirmará a incompatibilidade entre igualdade e propriedade, pois é nesta última que se encontra a origem da desigualdade[13] entre os homens, no momento em que um deles cercou determinado espaço territorial e afirmou: “isso é meu” e encontrou pessoas suficientemente simples para acreditá-lo, foi esse o fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassínios, misérias e horrores não teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas, tivesse gritado aos seus semelhantes: “Defendam-se de ouvir esse impostor; estarão perdidos se esquecerem que os frutos são de todos e que a terra não pertence a ninguém”. Serão, portanto, a liberdade e a igualdade, os fundamentos do Estado para Rousseau, em sua percepção, o homem é bom por natureza[14], e cada um, unindo-se a todos, só obedece, contudo, a si mesmo, daí que a lei, na concepção de Rousseau, é a *expressão da vontade geral*[15]. Obedecendo à lei que se prescreveu a si mesmo o homem torna-se livre.

Os contratualistas e outros pensadores políticos dos séculos XVII e XVIII,

a exemplo de Montesquieu, Voltaire, Sieyès, contribuíram historicamente para a formação do Estado Constitucional, fruto do movimento conhecido por *constitucionalismo*, concretizado na Inglaterra após a Revolução Gloriosa de 1688 e que resultou na Monarquia Constitucional daquele país; reafirmado no movimento de Independência das Treze Colônias Inglesas em 1776 que deu origem aos Estados Unidos da América e à primeira constituição escrita do mundo em 1787; e, por fim, a Revolução Francesa de 1789, marco histórico do final de uma era, que se inicia sob novos ideais e novas esperanças, que se fizeram presentes na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, incorporada à Constituição da França de 1791.

Com o fim do absolutismo na Inglaterra e França, com a incorporação da teoria da tripartição dos poderes estabelecida por Montesquieu[16] nos diversos textos constitucionais do mundo, as sociedades modernas partem em busca da liberdade através da limitação do poder do Estado em face do indivíduo, liberdade expressada nos direitos e garantias individuais. O modelo de Estado que se seguirá, após o absolutismo, será o Estado Liberal – *laisser faire laisser passer que le monde va de lui même* (deixai fazer, deixai passar que o mundo se autogoverna), seu marco teórico no campo econômico será a obra *A riqueza das nações* de Adam Smith, onde ficou afirmado que a maior contribuição que o indivíduo poderia oferecer ao Estado seria a contribuição do seu egoísmo pessoal (o liberalismo econômico é uma das grandes conquistas da burguesia).

O Estado Constitucional passará por nova mudança de paradigma. Após as duas grandes guerras mundiais, revoluções ocorridas no México (1910) e na Rússia (1917), o capitalismo encontrará seus primeiros limites, expressos na segunda geração de direitos fundamentais (sociais, econômicos e culturais) e nesse momento o Estado precisava fortalecer-se para atender essas novas demandas sociais que agora lhe impunham obrigação de fazer e não apenas abster-se de interferir na liberdade dos indivíduos. Os indivíduos passam a titularizar direitos fundamentais sociais (saúde, moradia, lazer, previdência, trabalho), exigindo do Estado prestações positivas. Surge o Estado Social.

A “grande depressão” dos EUA (1929), por outro lado, apontará a falência do liberalismo econômico, em seu lugar surge o intervencionismo estatal. Verifica-se a falência do modelo Liberal. O Estado passa a ser dualista: busca o desenvolvimento econômico para garantir o bem-estar social.

O Estado afirmar-se-á enquanto Estado Constitucional Social, buscando a sua legitimidade na realização dos direitos sociais, econômicos e culturais, na conquista da igualdade material, superando a mera igualdade formal, afinal, como já nos advertia Anatole France[17], *a lei, em sua igualdade majestosa, pune ricos e pobres de vadiarem, dormirem debaixo da ponte e furtarem o pão.*

Agora o Estado é chamado a intervir na sociedade para garantir a igualdade, afinal, os direitos de segunda geração constituem direitos a uma prestação positiva (*status positivo* de Jellinek[18]). A primeira constituição do mundo a incorporar os direitos de segunda geração (econômicos, sociais e culturais) foi a Constituição do México de 1917, seguida da Constituição da Alemanha de 1919.

Os principais avanços em termos de constitucionalismo social foram incorporados na nossa Constituição de 1934, como a nova dinâmica aplicada às relações de trabalho, saúde, educação, família etc.

Na Constituição de 1946, ao disciplinar a ordem econômica, o constituinte prescreveu a sua organização de acordo com o postulado da justiça social, promovendo a conciliação da livre iniciativa com os valores sociais do trabalho[19].

É chegado o momento do Estado Constitucional Solidarista. Estado necessariamente envolvido por práticas de cidadania multidimensional e pluralista, voltadas para a concretização dos direitos fundamentais e humanos. Em nossa concepção, o legítimo fundamento do Estado encontra-se na solidariedade, tendo a dignidade humana como valor fonte e finalidade última de sua atuação. Encontra-se também no caminhar constante e eficaz rumo ao cumprimento dos objetivos fundamentais (políticas públicas) de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos sem quaisquer formas de discriminação.

O Estado cumpre fins constitucionalmente determinados e deve organizar-se racional e eficazmente para cumpri-los. Daí a sua natureza processual e dinâmica tão bem afirmada por Posada[20] – *O Estado é processo*. Mas que também caminha na direção de uma República construída como povo que se governa a si próprio, que decide seus destinos e contribui solidariamente nas decisões políticas fundamentais do Estado[21].

O Estado Constitucional é conformado pela Constituição Federal de 1988 em seus arts. 1º ao 4º, bem como nos demais dispositivos referentes ao direito constitucional organizatório, legitima-se na exata medida que consegue garantir e tornar eficazes os direitos fundamentais. Seus limites, diretrizes, possibilidades e funções institucionais estão todos vinculados ao fortalecimento dos laços de solidariedade social. Porém, compreendê-lo em sua essência é compreendê-lo como o móvel das aspirações políticas, sociais, culturais, econômicas e normativas do povo. Ele se concretiza através do novo marco teórico e filosófico do constitucionalismo solidário, alcançando o que passamos a denominar Estado Constitucional Solidarista.

Não se trata de elaborar uma lista sofisticada de *direitos fundamentais*, mas repensar o papel das Instituições, da sociedade, do Estado e da Ciência do Direito, em torná-los efetivos. Propostas como a máxima efetividade, o mínimo existencial, as proibições de retrocesso e de excesso, os deveres de proteção e de progresso, a vinculação dos setores público e privado aos direitos fundamentais, a eficácia horizontal direta e a teoria da ponderação constituem possibilidades de afirmação dos direitos fundamentais na realidade social brasileira[22].

O Poder Executivo, no Estado Solidarista, passa a executar novo tipo de norma jurídica: a política pública (criada pelo Poder Legislativo e controlada pelo Poder Judiciário, com participação ativa do Ministério Público, Defensoria Pública e do povo na otimização dos seus efeitos). A política pública é um mandamento finalístico, estabelece um fim ou objetivo que fomenta ou realiza determinado direito, passando a compor seu regime jurídico. As *políticas públicas constitucionais* possuem natureza *constitucional-fundamental*: arts. 3º e 4º, parágrafo único, da CRFB ou *constitucional-geral*: arts. 23, 43, 182, 193, 196, 201, 203, 205, 206 e 207, 210, 217, 218, da CRFB.

As *políticas públicas infraconstitucionais* (bolsa família, fome zero, educação para todos, centro de apoio à família, habitação popular, incentivo ao pequeno produtor etc.), em nossa concepção, devem ocupar o referencial concretizador dos direitos fundamentais e humanos, sujeitas aos parâmetros de controle judicial fundamentado nos princípios da proteção eficiente, da cláusula impeditiva de retrocesso e do dever de maximização dos efeitos diante das possibilidades fáticas e preservando o núcleo essencial mínimo (mínimo existencial) de cada direito fundamental ou humano.

A ausência de políticas públicas concretizadoras dos direitos fundamentais importa em omissão inconstitucional sujeita a controle judicial. Tal controle pode ser provocado em sede de ação civil pública, ação popular, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas dignitate* ou exercício do direito de ação, demandando do magistrado a coragem necessária à proteção e à efetivação das *políticas públicas de proteção aos direitos fundamentais*. Podemos citar como exemplo a manutenção de transporte coletivo gratuito para universitários que estudam em município diverso de seu município de origem (política pública de fomento ao direito fundamental à educação superior), tal política pública deve ser criada no âmbito legislativo (ou suprida a omissão legislativa inconstitucional através de decisão judicial), não pode sofrer retrocesso social e deve passar pelo dever de otimização e de progresso diante das possibilidades fáticas do município, preservando o núcleo essencial mínimo de proteção. O mesmo raciocínio se aplica às políticas públicas de doação de medicamentos, tratamento de saúde, proteção ao consumidor, saneamento básico etc.

Por maior que seja o esforço em revelar novas possibilidades de concretização dos direitos fundamentais e compreender o fenômeno constitucional, toda tentativa será vã sem a clara percepção de que as *políticas públicas*[23] *passam por controle de constitucionalidade provocado em virtude de:*

Inexistência: a omissão inconstitucional impõe ao Poder Judiciário o dever de condenar o poder omisso em obrigação de fazer, quando se tratar de omissão executiva, atuando como *administrador positivo*; em se tratando de omissão legislativa, a partir do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão, cabe suprir a ausência de lei atuando como *legislador positivo*, tendo o sistema constitucional de proteção aos direitos fundamentais como critério de orientação axiológica (valor) e deontológica (dever-ser), fixando o plano ontológico (ser) para estabelecer o âmbito normativo (contexto fático), que exercerá forte influência no processo de construção da norma jurídica. O Poder Judiciário não atua apenas com *legislador negativo* (declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo), atua também como *legislador positivo* (decisão em mandado de injunção para suprir a omissão legislativa, atuando na concretização do direito). De igual modo, atua como *administrador negativo* (declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade dos atos do

Poder Executivo) e *administrador positivo* (decisão em que impõe a execução do orçamento para garantia de direitos – Lei Orçamentária como lei material; controle da omissão, do dever de otimização/progresso, da insuficiência/eficiência na execução das leis e políticas públicas, condenando o Estado em obrigação de fazer). Não estamos defendendo aqui a possibilidade de um "Governo dos Juízes", mas a atuação razoável e proporcional do Poder Judiciário, por meio do *ativismo judicial*, em face das omissões dos demais Poderes em concretizar os direitos expressos na Constituição Federal que comprometem a existência digna do ser humano;

Deficiência: controle do conteúdo eficacial das políticas públicas – com fundamento nos princípios constitucionais da máxima efetividade e do devido processo legal substancial, toda atuação do poder público mediante políticas públicas deve inserir no seu campo eficacial ou âmbito de proteção as metas fundamentais do art. 3º da Constituição Federal[24]. As ações públicas prestacionais destinadas à realização de direitos individuais, sociais ou transindividuais devem garantir a proteção do conteúdo eficacial mínimo intangível desses direitos, conteúdo que se traduz no seu núcleo essencial ou mínimo existencial, não admitindo restrições excessivas e impondo deveres institucionais de proteção. As políticas públicas (espécie de norma jurídica que se traduz num mandamento finalístico) constituem a nova ordem normativa densificadora do conteúdo eficacial dos direitos fundamentais e humanos (é por meio delas que tais direitos tornam-se factíveis, eficazes e concretizáveis). É chegado o tempo de edificar uma teoria constitucionalmente adequada das políticas públicas, como garantia de eficácia dos direitos fundamentais e humanos. No que se refere ao legislador, cabe-lhe a tarefa de produzir normas infraconstitucionais (do tipo política pública) que protegia, de maneira eficiente, os bens jurídicos fundamentais, o que se denomina deveres legislativos de proteção. Os atos legislativos se submetem ao controle de eficiência (proibição de proteção deficiente);

Extinção: vedação de desamparo social – as políticas públicas existentes não podem sofrer extinção sem que sejam substituídas por outras capazes de oferecer igual ou melhor proteção aos direitos fundamentais e humanos. Existe cláusula vedativa de extinção expressamente imposta ao Poder Constituinte Derivado (CRFB, art. 60, § 4o, IV) com relação aos direitos fundamentais e, por consequência, ao seu sistema de proteção integrado pelas políticas públicas infraconstitucionais. Tais políticas públicas, ao

estabelecer fins direta ou indiretamente vinculados à garantia de proteção dos direitos fundamentais, tornam-se normas fundamentais decorrentes de tais direitos (nos termos do art. 5o, § 2o, da Constituição Federal) aplicando-lhes o mesmo regime jurídico-constitucional de intangibilidade negativa – vedação de extinção;

Retrocesso: a vedação do retrocesso significa que diante das possibilidades fáticas e jurídicas, as políticas públicas existentes não podem sofrer retrocesso. Aquilo que já foi conquistado em termos de proteção e concretização de direitos fundamentais e humanos, por meio de políticas públicas, deve ser mantido. Não se retrocede em conquistas histórico-civilizatórias*;*

Progresso: controle da otimização e do dever de progresso[25]. A realização dos direitos fundamentais é dependente do grau de desenvolvimento econômico e da cultura constitucional do país, reforçada pelos laços de solidariedade por ele mantidos: solidariedade interna (integração entre os entes federados, interdependência entre os poderes, capacidade de servir do Estado e da sociedade) e solidariedade internacional (cooperação, integração entre os sujeitos de direito internacional, progresso comum da humanidade). O custo dos direitos exerce inegável influência no seu suporte fático. Aquilo que é protegido pela norma de direito fundamental não é algo estático, mas dinâmico, dependente em larga escala da existência de recursos públicos e investimentos privados. O dever de progresso dos direitos fundamentais determina o controle judicial de políticas públicas em seu aspecto relacional e contextual, condicionando a atuação do juiz à observância das possibilidades fáticas (reserva de orçamento, capacidade econômica do ente federado, projeção de arrecadação, gastos, investimentos públicos etc.)[26].

Não há caminhos para a humanidade concretizar a dignidade humana que não seja o da rea-lização dos seus direitos fundamentais por meio de políticas públicas que ofereçam proteção adequada e eficiente, orientadas pelos princípios instrumentais da vedação de retrocesso, do dever de otimização, da garantia do núcleo essencial mínimo dos direitos (mínimo existencial) e da proteção às minorias.

O clássico estado de harmonia e independência entre os poderes há de converter-se em interdependência e cooperação entre os órgãos de soberania (Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público e

Defensoria Pública) na busca de objetivos comuns, constitucionalmente definidos, tendo o destinatário da norma constitucional importante papel no seu processo de construção, interpretação e concretização, pois é o *povo o verdadeiro poder constituinte em constante exercício*, é aquele que descobre, em face das suas carências e necessidades, novos caminhos para a aplicação das normas constitucionais, produzindo verdadeiras mutações constitucionais em conjunto com os órgãos de soberania, em especial com o Supremo Tribunal Federal, receptor e criador das grandes transformações constitucionais do nosso país e guardião de um Texto Constitucional que se constrói – utilizando conhecida expressão de Peter Häberle – diante de uma *sociedade aberta e plural de intérpretes*.

2.2. O lugar constitucional do pensamento solidarista

A solidariedade, em teoria política, é, às vezes, invocada como princípio de coexistência democrática. É nesta qualidade que ela é retomada nos textos constitucionais (p. ex., a Constituição espanhola de 1978, art. 2)[27].

A *solidariedade* é termo plurissignificativo. Em ética, é compreendida como "sentimento do grupo que supõe simpatia mútua e disposição para combater e lutar uns pelos outros" (Ibn Khaldoun, em *Moccad-dimat-Prolégomènes*, citado por Bell). Em teoria política, é "consciência acrescentada de direitos e de responsabilidades" (Cerroni). Em teoria do direito privado, é categoria específica de relações de obrigação, caracterizada pela unidade-integridade do vínculo obrigatório e a pluralidade de sujeitos. Em sociologia, é consenso entre unidades semelhantes que somente pode ser assegurado através do sentimento de cooperação que deriva necessariamente da similitude e da divisão do trabalho (Comte, *Curso*... L. XLVIII); é fato social que consiste no consenso espontâneo das partes do todo social (Durkheim); traduz-se em características das relações sociais onde a ação de cada um dos participantes implica todos os outros (Weber); é a Integração institucionalizada da cooperação (Parsons)[28].

Próxima à ideia de solidariedade, conforme sugerem Solari e Petrone, está a noção fischtiana de *Gemeinde der Iche*, que irá dar em Hegel, cuja reflexão sobre o "nós" terá influência decisiva sobre a reflexão filosófica

ulterior, de Husserl a Sartre, passando por Bérgson, Scheler e Ortega. Também a noção de comunicação proposta por Jaspers relaciona-se com a solidariedade[29].

A solidariedade é fato social, dirá Durkheim, seu estudo pertence ao domínio da sociologia[30], fato que só pode ser bem conhecido por intermédio dos seus efeitos sociais. O Direito reproduz as principais formas de solidariedade social. Classificando as diferentes espécies de direito, o professor em Bordeaux e depois em Paris identificará as diferentes espécies de solidariedade, em obra publicada em 1893 – *La division du travail social.*

O que faz com que, mesmo sendo mais autônomo, o indivíduo dependa mais intimamente da sociedade? Como pode ser cada vez mais individual e, ao mesmo tempo, sempre mais vinculado por laços de solidariedade? Questiona Durkheim[31].

A vida em sociedade não pode se estender em nenhum campo sem que a vida jurídica a siga simultaneamente nos mesmos relacionamentos. Em Durkheim, o direito é o "símbolo visível" da solidariedade social. Para analisar as diversas formas de solidariedade é que passa a analisar as diversas formas de direito[32].

Criticando a clássica divisão do direito em público e privado (tal divisão baseia-se numa noção tanto obscura quanto mal analisada), Durkheim irá propor uma classificação da solidariedade social seguindo a classificação das regras jurídicas de acordo com as diferentes sanções que são ligadas a elas[33].

Há dois tipos de sanção. Umas consistem essencialmente numa dor ou numa diminuição infligida ao agente, privando-o de algo de que desfruta. Diz-se que são *repressivas* – é o caso do direito penal. Quanto ao outro tipo, consiste no restabelecimento das relações perturbadas sob sua forma normal, estando ligada à *reparação das coisas.* Existem, portanto, sanções repressivas organizadas ou sanções apenas restitutivas[34].

O vínculo de solidariedade social a que corresponde o direito repressivo é aquele cuja ruptura constitui o crime. Assim, o direito penal simboliza a solidariedade por similitude, a que Durkheim denomina solidariedade mecânica. Todos os membros do grupo são individualmente atraídos uns pelos outros, por se assemelharem, mas também são apegados ao que é a condição de existência desse tipo coletivo, isto é, a sociedade que formam

por sua reunião. A solidariedade, nascida das semelhanças, vincula diretamente o individuo à sociedade[35].

Afirma Durkheim que é essa solidariedade que o direito repressivo exprime, pelo menos no que ela tem de vital. De fato, os atos que ele proíbe e qualifica de crimes são de dois tipos: ou manifestam diretamente a dessemelhança demasiado violenta contra o agente que as realiza e o tipo coletivo, ou ofendem o órgão da consciência comum. Essa força que é chocada pelo crime e que o reprime é a mesma; ela é produto das similitudes sociais mais essenciais e tem por efeito manter a coesão social que resulta dessas similitudes[36].

Essa conexão que se estabelece entre os indivíduos, criando vínculo entre consciências individuais e consciência coletiva, é fundamental para compreensão da solidariedade por similitude defendida por Durkheim e situa-se num nível mais psicológico que propriamente sociológico.

Já a solidariedade devida à divisão do trabalho ou orgânica corresponde à sanção restitutiva. As relações reguladas pelo direito contratual, comercial, processual, administrativo e constitucional exprimem concurso positivo, cooperação que deriva essencialmente da divisão do trabalho[37].

Parte do direito civil tem, pois, como objeto determinar a maneira como se distribuem as diferentes funções familiares e o que elas devem ser em suas relações mútuas; isso quer dizer que exprime a solidariedade particular que une entre si os membros da família em consequência da divisão do trabalho doméstico, exemplifica Durkheim[38]. Essa divisão do trabalho familiar domina todo o desenvolvimento da família. O direito administrativo estabelece a divisão funcional dita administrativa. O mesmo ocorre com o direito constitucional no caso das funções governamentais e o sistema de divisão de competências.

Importante observarmos que a solidariedade fundamenta a divisão constitucional de funções governamentais, divisão que é fruto da solidariedade orgânica.

A divisão do trabalho cria entre os homens todo o sistema de direitos e deveres que os ligam uns aos outros de maneira duradoura. Do mesmo modo que as similitudes sociais dão origem a um direito e a uma moral que as protegem, a divisão do trabalho social dá origem a regras que asseguram o concurso pacífico e regular das funções divididas[39].

Ao final de sua obra, Durkheim faz referência à ideia de justiça, que será

desenvolvida por seu discípulo, Léon Duguit. Afirma Durkheim que não basta haver regras, elas têm de ser justas e, para tanto, é necessário que as condições externas de concorrência sejam iguais. Muitas das construções teóricas de Durkheim, em especial o seu conceito de "consciência coletiva", serão revistas por Gurvitch[40], Hauriou e tantos outros que se orientam pelo pensamento solidarista.

O grande mérito de Durkheim, a despeito das críticas que lhe foram dirigidas, constituiu em apresentar a concepção de solidariedade bem próxima da sociedade, constituindo quase que a identidade reflexiva da própria sociedade, fundando as bases do que se denominou *solidarismo sociológico* e que, posteriormente, Duguit desenvolveria para construir o seu *solidarismo jurídico*[41].

A solidariedade aparece hoje como atualização da fraternidade. Diferencia-se do solidarismo fundamentalmente por seu referencial cristão[42] (importância decisiva das noções de caridade e comunhão)[43].

A fraternidade é vista por Derrida como a amizade que reúne as vontades e oferece solidez ao poder. É também postulado não cumprido da Revolução burguesa de 1789[44].

O fato de Robespierre, Couthon, Saint-Just terem, em nome da moralidade cujos segredos detinham, utilizado o terror e a guilhotina como instrumento de controle social, foi o que lhes permitiu liquidar fisicamente os seus opositores, conduzir Condorcet ao suicídio e abater mesmo o criador do tribunal contrarrevolucionário – Danton. Uma moralidade exasperada que, mais tarde, encontrou estímulos no mundo entre ditadores políticos, racistas ou religiosos. "Não pode haver liberdade para os inimigos da liberdade", proclama um deles; mas quem a define?[45]. No Brasil, uma placa pendurada no saguão de delegacia paulista no auge dos "anos de chumbo" afirmará: *"Contra a pátria não há direitos"*[46].

O Solidarismo oferecerá uma via diferente da dos fanáticos do individualismo exasperado que alarga a consciência de si até às dimensões de uma consciência de todos. Afirmará Duvignaud: "O sonho de Platão na *República*, onde confia aos sábios a direção da cidade, não é diferente do dos adeptos do Terror de 1793, nem do das ditaduras que encontram no princípio de uma razão ou de uma moral absolutas a legitimidade de um poder extorquido"[47]. Felicidade para poucos? Somente para mim e meus comparsas? É este o Estado que queremos? Penso que não. *O Estado que*

desejamos é o que se constrói democrática e solidariamente nos degraus do pluralismo político, este sim, conseguirá aproximar o direito da ideia de justiça. *A negação da justiça é a própria negação do direito*.

Ser solidário é assumir responsabilidades comuns para com o outro e desse para conosco, num vigiar constante e recíproco entre parceiros da sociedade, onde cada tarefa cumprida no interesse de servir ao próximo faz parte da edificação democrática e pluralista do Estado Constitucional Solidarista.

Duguit desenvolve ampla crítica às doutrinas que sustentam o princípio da estatização do direito. Afirma ele: "O homem concebeu o direito antes de conceber o Estado e não o Estado antes de conceber o direito, e a noção do direito, tanto em sentido objetivo como subjetivo, é, portanto, anterior e superior à noção de Estado"[48]. O Estado encontra-se submetido à regra de desenvolvimento da solidariedade assim como o são os próprios indivíduos, sendo a vontade dos governantes "uma vontade jurídica capaz de impor constrição somente no momento em que se manifesta nos limites que lhe são traçados pela regra do direito"[49].

O Estado não é outra coisa senão o produto da diferenciação natural entre os homens do mesmo grupo do qual deriva o que se chama de potência pública, que não pode, de nenhum modo, ser legitimada por sua origem, mas somente pelos serviços que presta de acordo com a regra de direito[50].

Muitas ideias de Duguit refletirão em Adolfo Posada, no tratamento que este último confere à concepção teleológica de Estado[51]. O Estado surge idealmente da decisão consciente de estabelecer meio idôneo a serviço da realização dos fins da vida humana e, antes de tudo, para garantia da liberdade. Daí que para Posada o Estado seja constitutivamente Estado serviçal, de serviços públicos oferecidos aos cidadãos. O Estado seria desse modo o reflexo da solidariedade[52]. Aqui se percebe a confluência entre os pensamentos de Duguit e Posada[53].

Para Posada a forma de Estado constitucional social refletiria a implicação constitucional e ética na realização da justiça social e na harmonização jurídica da esfera individual e social do homem em seus diversos papéis sociais, estabelecendo sistema de garantias dos direitos e liberdades essenciais, com vistas à mais ampla realização dos fins humanos. Sua "ideia pura de Estado" reflete seu compromisso com o regime de Estado de Direito comprometido com os direitos humanos[54], sendo a

substância condicionante de sua forma jurídica.

No mesmo sentido, Duguit afirmará a reforma social como tarefa central do Estado, revisando o constitucionalismo liberal individualista[55], fornecendo as bases para o constitucionalismo social e solidário.

Chegará o dia em que a solidariedade humana absorverá as solidariedades locais, regionais ou nacionais; dia em que o homem se considere cidadão do mundo? Duguit observa que "em todas as formas de agrupamento humano existe uma única realidade, a pessoa humana, isto é, a consciência e a vontade do indivíduo" e conclui afirmando que "essa individualidade parece mais viva e mais ativa quanto mais coerente, complexo e compreensivo é o grupo social"[56]. Construir esse ideal universal passa necessariamente por três fenômenos relacionados à nossa concepção de solidariedade: o pluralismo, a cooperação interconstitucional e a interculturalidade, assunto que visitaremos em tópico específico.

A solidariedade concretizada é que confere identidade e força normativa aos textos constitucionais contemporâneos, constituindo seu novo marco teórico.

A Constituição Federal Suíça de 1998 consagrou em seu preâmbulo: "Independência e Paz em solidariedade e abertura para o mundo".

A crítica da razão constitucional obriga-nos a perguntar pela relevância do conteúdo da teoria para o mundo real. O desenvolvimento constitucional toma em consideração o arranjo de novas formas de organização, de novos processos político-sociais e de novas soluções para os problemas nascidos dentro dos sistemas ou subsistemas sociais. Se quisermos captar em poucas palavras a dança molecular da teoria da constituição, diríamos que ela tem de lidar com problemas de complexidade dinâmica, adaptabilidade, auto-organização, emergência e evolução[57].

A ponte evolutiva da teoria da constituição reside no constitucionalismo solidarista.

O fundamento do direito é solidariedade ou a interdependência social, todos os membros da sociedade, pela regra de direito, são obrigados a nada fazer em contrário à solidariedade social e fazer tudo o que está em sua capacidade para que assegure a sua realização[58].

A solidariedade pertence ao nível constitucional. É o seu referencial e primeiro fundamento, experiência presente e nunca acabada, em constante construção.

A Constituição italiana de 1948 refere-se à solidariedade em seu art. 2º:

> *A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo, seja nas formas pelas quais se desenvolve a sua personalidade e exige o cumprimento de deveres inderrogáveis de* solidariedade política, econômica e social.

O constituinte italiano afirmou o dever de solidariedade como político, econômico e social. A distinção dimensiona os possíveis reflexos do princípio solidarista nos mais diversos campos da vida em sociedade.

Como se lê no relatório da Comissão Econômica da Assembleia Constituinte italiana, sobre a *prestação tributária*, foi dito que: "o critério lógico preferível é fazer referência à pertinência do sujeito à entidade impositora, declarando esta pertinência nos seus três aspectos: político (cidadania), econômico (produção, comércio e/ou consumo de bens) e social (participação na vida da sociedade nacional)"[59].

O art. 3º da Constituição italiana nos ajuda a compreender o papel do Estado na construção desta festejada solidariedade multidimensional:

> *É tarefa da República remover os obstáculos de ordem econômica e social que, limitando de fato, a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva* participação de todos *os trabalhadores na organização política e econômica e social do país.*

Trata-se de objetivo inafastável de qualquer Estado que se queira Constitucional e Solidarista. Nesse mesmo sentido caminhou a Constituição portuguesa.

A atual Constituição portuguesa faz expressa referência ao princípio da solidariedade em seu art. 66º, 2, d, que trata do *Ambiente e Qualidade de Vida*, estabelecendo o seguinte:

> *Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos: Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo* princípio da solidariedade *entre gerações.*

A afirmação de proteção e defesa do meio ambiente é direito fundamental de terceira geração, expressão do ideal de fraternidade da Revolução Francesa, atualmente concretizado através do princípio da solidariedade.

Foi em artigo específico (art. 71º, 2) sobre a proteção dos cidadãos portadores de deficiência que a Constituição portuguesa reafirmou o princípio da solidariedade ao dispor:

> *O Estado obriga-se a realizar uma política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às suas famílias, a desenvolver uma pedagogia que sensibilize a sociedade quanto aos deveres de respeito e* solidariedade *para com eles e a assumir o encargo da efectiva realização dos seus direitos, sem prejuízo dos direitos e deveres dos pais ou tutores.*

A preocupação com a pessoa deficiente deve ser objeto de políticas públicas e ações afirmativas concretas de realização das suas necessidades sociais. Rampas de acesso aos transportes coletivos e a todo e qualquer local de acesso público, reserva de vagas em concurso público e programas de inserção no mercado de trabalho, integração com a sociedade, tudo isso, quando efetivamente realizado, caracteriza a concretização do princípio da solidariedade e constitui direito fundamental do cidadão deficiente.

É no capítulo III (dos direitos e deveres culturais), art. 73º (da educação, cultura e ciência) que a Lei Fundamental (Constituição da República) portuguesa avança no tratamento do princípio da solidariedade reafirmando aquela que pensamos ser a melhor via de concretização do princípio da solidariedade: a educação. Assim dispôs o texto constitucional:

> *O Estado promove a democratização da educação e as demais condições para que a educação, realizada através da escola e de outros meios formativos, contribua para a igualdade de oportunidades, a superação das desigualdades económicas, sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade e do espírito de* tolerância, *de* compreensão mútua, *de* solidariedade *e de responsabilidade, para o progresso social e para a participação democrática na vida colectiva.*

A escola, a universidade ou qualquer instituição de caráter formativo (família, igreja, trabalho etc.) devem educar para a solidariedade. A personalidade do ser humano inicia o seu desenvolvimento na infância e

desde já a criança deve ser inserida em práticas educacionais solidaristas, a exemplo da proteção ao meio ambiente, cuidado com o idoso e o deficiente, respeito às diferenças, tolerância, compreensão mútua, amor à vida e à liberdade, num contexto humanístico e plural, enfim, concretizar a educação voltada para a cidadania, afirmando-a como cidadania solidária e multidimensional.

Afinal, como já dizia Nelson Mandela: *ninguém nasce odiando outra pessoa pela cor de sua pele, por sua origem ou ainda por sua religião. Para odiar, as pessoas precisam aprender; e, se podem aprender a odiar, podem ser ensinadas a amar*[60].

A Constituição Federal de 1988 não se filiou a nenhuma concepção específica de solidariedade, aproxima-se, no entanto, da tese defendida por Duguit. A solidariedade a ser concretizada no texto constitucional demonstra infinitas possibilidades de aplicação, afinal, a nossa Constituição é texto vivo, aberto e plural, reflexivo das esperanças de uma sociedade atualmente em crise.

O preâmbulo constitucional brasileiro de 1988[61] (programa normativo dotado de eficácia jurídica) faz referência à *sociedade fraterna*, enquanto o art. 3º, I preceitua como objetivo expresso da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e *solidária.* Afirma o pluralismo no art. 1º, IV como fundamento da República Federal e Democrática.

Sociedade solidária, em nossa concepção, constitui o centro de gravidade de desenvolvimento e efetividade do direito[62]. Unindo a perspectiva sociológica à perspectiva jurídica podemos defini-la como a instituição determinante das condições de possibilidade da vida social que serão tão amplas quanto maiores forem os laços de solidariedade que unem seus indivíduos para o cumprimento do projeto político fundamental estabelecido em nossa Constituição.

A sociedade solidária se constrói na percepção de que os vínculos de solidariedade que a mantêm é que determinam o seu grau de desenvolvimento e, consequentemente, o fortalecimento do seu subsistema social, político, jurídico, econômico, cultural, psicológico, filosófico e científico.

A sociedade solidária possui seu aspecto mais significativo na sua vinculação com a sociedade livre e justa.

A vinculação entre liberdade, justiça e solidariedade não é gratuita. Liberdade sem justiça social é ilusória e opressora. A Justiça que se afirma na ausência da liberdade impõe o medo e o descrédito. *A sociedade que se constrói egoisticamente, refratária às ideias e concepções solidaristas, não é justa, tampouco livre, porque a liberdade pressupõe que o outro igualmente o seja.*

Assim, a busca pelo equilíbrio e reciprocidade entre justiça, liberdade e solidariedade é essencial para concretização do projeto constitucional de sociedade estabelecido no art. 3º da CRFB.

Numa sociedade marcada pela exclusão social, denegação de justiça, desigualdades, pessoas que vivem em situação de subsistência, a solidariedade, muito mais que o novo marco teórico do pensamento constitucional, constitui a nova possibilidade de afirmação da dignidade humana e concretização do Estado Constitucional Solidarista. Estado que deve, necessariamente, estar a serviço dos pobres, vítimas do atual sistema ecológico, social, cultural, político e econômico, vítimas do Estado que clama por transformações institucionais. É preciso solidarizar a nossa Democracia, nossa República, nossa Federação.

Já com relação aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, eles refletem o equilíbrio de dois subsistemas: o liberal e o social. Duguit acreditava firmemente que as sociedades modernas estivessem evoluindo para este projeto solidarista[63].

No entanto, a concepção individualista de liberdade, que motivou a construção da doutrina sobre o fundamento do direito e à limitação do Estado, com grandes repercussões na Revolução de 1789, tem lugar de relevo na história das ideias políticas, com reflexos no atual sistema político brasileiro. Essa concepção é ainda a base da legislação, ainda que esta seja cada dia mais convergindo para o solidarismo – veja o princípio da socialidade no novo Código Civil brasileiro. Permanece, por vezes, o erro de alguns teóricos e dos legisladores em considerar a liberdade individual como dogma intangível e definitivo, universal. A propriedade muito mais que direito é função social.

A solidariedade que hoje se constrói já superou a mera fraternidade da Revolução liberal burguesa, é a sua evolução. Não obstante o grande lema da revolução francesa estar expresso na trilogia *liberté, egalité et fraternité* (liberdade, igualdade e fraternidade), este último termo não se fazia

presente na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Ela irá reaparecer em 1948, quando da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, que em seu art. 1º dispôs: *Todos os seres humanos nascem* livres *e* iguais *em dignidade e em direitos. Eles são dotados de razão e de consciência e devem agir uns em relação aos outros com espírito de* fraternidade.

Estamos em época de transição na qual o fundamento individualista de limitação ao poder é substituído pouso a pouso pelo fundamento solidarista. Na doutrina individualista, se o Estado pode fazer certas leis, é porque o indivíduo tem certos direitos subjetivos contra ele, que se conservam na medida em que se fazem leis que, limitando o direito de uns, preservam a liberdade de todos. Exemplo disso é o direito de propriedade. Ao contrário, na concepção solidarista da liberdade, o indivíduo não tem nenhum direito, ele tem deveres sociais, e o Estado não pode fazer nada que o impeça de cumprir estes deveres, notadamente o dever de realizar livremente suas atividades. Não há aqui direito subjetivo do indivíduo contra o Estado[64].

Esta diferença teórica tem reflexos na prática. Na concepção individualista cada um tem o direito de agir, trabalhar, atuar em todos os domínios, mas não está obrigado a isso. Esta concepção não pode prosperar na consciência moderna. O homem que tem capacidade física e idade para trabalhar não pode restar inativo, sob pena de ser inútil à sociedade[65].

O projeto político fundamental estabelecido no art. 3º da nossa Constituição Federal de 1988 é dever de todas as instituições sociais e do próprio indivíduo imbuído do seu dever de solidariedade decorrente da divisão social do trabalho.

Se o homem é obrigado a trabalhar, ele não está, no entanto, obrigado a trabalhar no que está além de suas forças. Se um homem abusa do outro na exploração de seu trabalho, compromete os valores sociais. Aqui reside a legitimidade de todas as leis da época moderna, de todos os países que organizam o exercício do trabalho[66].

Convergindo para a concretização do pensamento solidarista, o constituinte originário estabeleceu no art. 4º, IX, da Constituição Federal de 1988 o princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Aqui o *Brasil passa a integrar o conjunto dos Estados Constitucionais Cooperativos*.

Mas é preciso ir além. A ideia expressa no supracitado dispositivo

constitucional demanda a existência de novo constitucionalismo, que busca manter o equilíbrio entre três fenômenos: a interconstitucionalidade, a interculturalidade e a solidariedade traduzida em cooperação internacional, esse tema será revisitado em tópico específico referente ao constitucionalismo multinível.

Solidariedade, fraternidade e cooperação são termos que o legislador constituinte utilizou para conferir maior densidade fenomenológica ao pensamento solidarista.

Constituindo a solidariedade o fundamento do próprio direito, podemos perceber em todos os dispositivos constitucionais a influência do pensamento solidarista. Afinal, a solidariedade é via de concretização de muitos dispositivos constitucionais, principalmente aqueles que reafirmam a solidariedade por similitude, atribuindo deveres de proteção a toda sociedade.

É com fundamento no pensamento solidarista que Manoel Jorge e Silva Neto supera a literalidade estabelecida no *caput*[67] do art. 5º da Lei Fundamental brasileira, para, com base no princípio da proteção isonômica, estender as garantias e direitos nele estabelecidos também aos estrangeiros não residentes no país[68]. Questiona o autor: Que espécie de sociedade solidária é esta que desrespeita as garantias mínimas da pessoa humana pelo mero e simples fato de ser estrangeiro sem residência no país? Responde com a seguinte colocação: (...) o estrangeiro não residente é, sem dúvida alguma, destinatário das garantias individuais mencionadas no art. 5º da Constituição, (...) se tivermos em conta o fato de o constituinte originário, por alguma razão, um dia, ter inscrito como objetivo fundamental do Brasil a construção de uma *sociedade solidária*[69].

Percebeu o citado autor o primeiro aspecto da solidariedade, *a preocupação com o outro,* criando, entre pessoas de contextos socioculturais estranhos entre si (nacional e estrangeiro), espécie de coesão solidária, decorrente do fato comum que lhe atribui a sua simples condição humana.

Importante trabalho analisando as tendências do direito justo na atualidade e sua constitucionalização, estabelecendo profunda análise de casos paradigmáticos da dignidade da pessoa humana, foi realizado por Ricardo Maurício Freire Soares. Diz o citado autor:

Com a superação dos pilares do constitucionalismo moderno em direção

ao movimento do neoconstitucionalismo, tornou-se a Constituição uma expressão viva e concreta do mundo dos fatos, adquirindo uma inegável tessitura axiológica e teleológica, que se revela na positivação de princípios constitucionais. Isto porque a principiologia de cada Lei Fundamental se converte no ponto de convergência da validade (dimensão normativa), da efetividade (dimensão fática) e da legitimidade (dimensão valorativa de um dado sistema jurídico). É neste último aspecto que se revela a íntima conexão entre principiologia constitucional e a realização do direito justo[70].

Muitos autores atribuem à terceira geração ou dimensão dos direitos fundamentais o ideal de solidariedade (realidade que definimos como constitucionalismo solidarista). Outros constitucionalistas afirmam a existência da quarta geração (Paulo Bonavides) em que também se percebe a influência do pensamento solidarista, todos estão igualmente corretos. Nesse sentido, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal:

O direito a integridade do meio ambiente — típico direito de terceira geração — constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) — que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais — realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) — que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas — acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade *e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, nota de uma essencial inexauribilidade (MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17/11/95)*[71].

Os direitos fundamentais no Estado Solidarista devem ser compreendidos em suas múltiplas dimensões[72] (são multidimensionais), conferindo-lhes

unidade e sistematicidade, sem, no entanto, abandonar a densidade epistemológica que a correta classificação em gerações oferece para a compreensão da historicidade dos direitos fundamentais (tendo como pressuposto que uma geração não supera a outra, apenas agrega novos valores).

A solidariedade não cessa onde começam os direitos individuais e vice-versa, os cruzamentos e condicionamentos recíprocos são por demais intensos para que se dê tal abandono.

A liberdade de expressão pressupõe o acesso à educação, ela se vincula diretamente à ideia de sociabilidade e interação com o outro através da comunicação. A livre manifestação do pensamento nada representaria sem as garantias de existência digna, sem as quais o ser humano estaria muito mais preocupado com a sua sobrevivência do que com a afirmação das suas opiniões.

Os laços de solidariedade se fortalecem quando as opiniões se manifestam num ambiente democrático, pluralista, culturalmente fortalecido, tolerante, livre de discriminações, num debate livre e racional capaz de fortalecer a própria ideia de cidadania.

3. Impactos do pensamento solidarista na organização do Estado

3.1. Reflexos da Solidariedade no modelo Federalista – Federalismo Cooperativo

O Estado Federal teve seu marco inicial em 1787 com a famosa Convenção da Filadélfia, que, como solução proposta à superação das dificuldades inicialmente encontradas pelas treze colônias inglesas ao se libertarem, formaram uma confederação de Estados soberanos através de um tratado celebrado em 1776 e ratificado em 1781, conhecido como “Artigos de Confederação”.

Apresentou a adoção de organização política verdadeiramente nova que transcendeu os limites do pensamento político anterior e passou a representar alternativa para o modelo de autoridade política centralizada,

desenvolvido durante a Revolução Francesa[73].

Assim, a Confederação transmudou-se em Federação. Este foi o primeiro e grande passo para a consolidação da forma de Estado Federal. O segundo e não menos importante foi a materialização dos acordos e compromissos firmados na Convenção de Filadélfia, através da substituição dos *Artigos de Confederação* pela Constituição dos Estados Unidos de 1787, a primeira constituição escrita do mundo, um dos marcos do constitucionalismo liberal.

Durante os memoráveis debates então travados na Convenção de Filadélfia, os artífices do novo modelo tiveram oportunidade de apontar os defeitos da Confederação. Fizeram-no em muitos discursos e artigos, valendo mencionar os que, sob o pseudônimo coletivo de *Publius*, foram regidos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, posteriormente reunidos na obra *O Federalista*, com preciosas lições sobre o pensamento político e constitucional da América[74].

A constituição é, pois, a base jurídica do sistema federativo, consolidadora do acordo firmado e repositório das regras essenciais da convivência entre a unidade e as entidades componentes[75]. A Constituição Federal é o pacto federativo do tipo de Estado Federal.

São características do federalismo: o bicameralismo[76] (existência de uma câmara – Senado Federal – que representa os interesses dos respectivos Estados-membros e que participa da formação da vontade nacional através do processo legislativo ao lado dos representantes do povo – Câmara de Deputados); a proibição de secessão (é vedado ao Estado-membro separar-se da União, declarar-se independente, afinal, a Federação é indissolúvel); a autonomia dos entes federados (os entes são dotados de autonomia política, administrativa, financeira e normativa); a repartição de competência (toda federação pressupõe certa partilha de competências que se orienta de acordo com o princípio da predominância do interesse); a cláusula de proteção (aqui pressupomos a super-rigidez constitucional que mantém o pacto federativo afastado de reformas constitucionais tendentes a aboli-lo, constituindo verdadeira cláusula pétrea – art. 60, § 4º, I, da CRFB, que se completa pela existência de órgão(s) encarregado(s) do controle de constitucionalidade).

Numa sequência necessária à compreensão do federalismo cooperativo, passaremos a tratar inicialmente da repartição de competências no Estado

Federal, para posteriormente adentrarmos na repartição de competências na Constituição Federal de 1988, matéria própria do que Canotilho denomina "Direito Constitucional Organizatório"[77], para, em seguida, apontar novos reflexos jurídicos da incidência do princípio da solidariedade no atual federalismo cooperativo brasileiro.

A repartição de competências é a pedra angular do sistema federativo, daí a necessidade de compreendermos inicialmente o modelo federativo e sua evolução para que possamos compreender as consequentes mudanças no sistema de repartição de competências.

Por competência entender-se-á o poder de ação e de atuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais com o fim de perseguirem as tarefas de que são constitucional ou legalmente incumbidos[78].

A competência envolve, por conseguinte, a atribuição de determinadas tarefas bem como os meios de ação (poderes) necessários para sua persecução. Além disso, a competência delimita o quadro jurídico de atuação de uma unidade organizatória relativamente à outra.

No modelo federativo vigora a descentralização política, ou seja, a competência legislativa conferida às unidades parciais (União – Leis Federais, Estados – Leis Estaduais, Distrito Federal – Leis Distritais e Municípios – Leis Municipais), coexistindo com a competência legislativa constitucionalmente conferida à unidade total (República Federativa do Brasil – Leis Nacionais) [79].

A descentralização implica, como se pode observar, divisão de competências. Para que a descentralização não descaracterize o Estado federal, há que ser mantida a unidade do todo. Assim, a República Federativa do Brasil (Estado Federal) é dotada de *soberania*[80], ao contrário das unidades parciais que possuem apenas *autonomia* (administrativa, política, financeira e normativa).

Neste sentido, apresenta-se o federalismo como modo de preservar a particularidade no âmbito de uma união estatal maior, mantendo o equilíbrio entre a soberania da nação como um todo e a autonomia dos entes federados, concomitantemente à sua interdependência, que em nosso entendimento é fortalecido pelos laços de solidariedade que deve existir entre os entes.

A solidariedade constitui a base do pacto federativo. Não foi por acaso que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 3º, estabeleceu o objetivo

fundamental de redução das desigualdades entre as diversas regiões do país.

O art. 43 da CRFB preceitua que, para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das *desigualdades regionais*.

No mesmo sentido, concretizando o pensamento solidarista, a CRFB em seu art. 159, I, *c*, estabeleceu:

> *A União entregará, do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, quarenta e sete por cento na seguinte forma: três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semiárido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer*[81].

O modelo federativo nasceu inicialmente da necessidade da integração de campos de poder exclusivos e limitados, conformadores de uma unidade detentora, igualmente, de um campo de poder exclusivo e restrito. Trata-se do *federalismo dual*.[82] Aqui existia uma igualdade absoluta, em matéria de competência, entre as esferas governamentais estaduais e a União, nesse momento não se falava em competência comum ou concorrente, apenas em exclusiva (enumeradas ou remanescentes) – daí o seu modelo horizontal de divisão de competências – o que fosse competência do Estado-membro não seria da União.

Contudo, acentua a professora Fernanda Almeida que, com a substituição do liberalismo clássico do *État-Gendarme* pelas concepções intervencionistas do *Welfere State* (Estado do bem-estar social), o sistema de repartição de competências adquiriu uma nova conformação que redundou no fortalecimento do poder central à custa do enfraquecimento do poder dos Estados passando-se ao *federalismo cooperativo*. Conclui-se dessa forma que é o modelo de partilha de competências adotado que imprime a feição do Estado federal[83].

Registrando o exemplo dos Estados Unidos, que, por força do momento histórico vivido durante a Grande Depressão em 1929, verificou a imperiosa necessidade de fortalecer o poder central, podemos perceber a tônica do federalismo cooperativo, marcado pela interferência do poder

federal em esfera de atribuições antes consideradas exclusivas dos Estados[84].

Essa experiência cooperativa já se fazia presente na Constituição alemã de Weimar de 1919 e na austríaca de 1920, que já traçavam um modelo de federalismo cooperativo e que serviram de modelo para a nossa Constituição Federal de 1934. Em momentos constitucionais anteriores, vínhamos seguindo o clássico modelo federalista norte-americano de um federalismo dualista rígido.

No federalismo cooperativo, não ocorre o completo abandono da técnica de repartição de competência horizontal, apenas surge nova técnica, denominada vertical, onde se prevê uma área de competências que pode ser compartilhada – competências comuns ou concorrentes[85].

Apesar da tendência centrípeta[86] desse último modelo de federalismo, Fernanda Almeida, citando Berard Schwartz[87], ressalta que, embora essa expansão seja uma realidade, é muito *improvável* que num futuro previsível o sistema federativo seja substituído por uma forma unitária de governo, com a eliminação da autonomia estadual. É que remanesce profundamente arraigada na sociedade norte-americana a tradição federalista, formada exatamente à base da preservação da autonomia das entidades federadas, de cuja importância há uma consciência, à medida que a manutenção de governos estaduais fortes confere ao sistema americano uma força democrática não encontrada na administração centralizada, monolítica[88].

No federalismo norte-americano percebe-se claramente a colaboração intergovernamental recíproca de base consensual, com consequente preservação da higidez dos princípios e práticas da federação.

No que cabe à Federação brasileira, embora tenha ela se formado diversamente da matriz norte-americana, já que aqui houve um processo de formação centrífugo, espelhou a nossa Federação, que nasceu com a República (Constituição de 1891), no modelo americano, inicialmente no *dual federalism*. Foi com a Constituição de 1934 que fomos buscar inspiração no federalismo cooperativo alemão da Constituição de Weimar de 1919 e austríaco de 1920.

Porém, os caminhos da Federação brasileira orientaram-se por novo norte, em que se verifica a coexistência da União, Estados, Distrito Federal e *Municípios*, tal qual não ocorre no modelo norte-americano, tampouco no modelo alemão. Por tal fato atribui-se ao federalismo brasileiro o termo

federalismo de segundo grau[89] – tipo de federalismo em que o município é ente da federação dotado de autonomia e competências próprias derivadas diretamente do pacto federativo (CRFB).

Entre nós o sistema do federalismo dual só encontrou acolhida no Texto Constitucional de 1891, já que a Carta de 1934 recepciona as influências dos movimentos que levaram ao surgimento do intervencionismo estatal, iniciando o deslocamento centrípeto de competências e poderes, passando ao modelo cooperativo.

As Constituições de 1967 e 1969 alargaram o processo de centralização de tal forma que autores, como Fernanda Almeida, chegam a considerar a transformação do sistema federativo em "quase um estado redividido"[90].

A tarefa que se seguiu com a assembleia nacional constituinte, instalada em 01.02.1987, no que se refere à partilha de competências e a umbilicalmente ligada restauração da Federação foi algo de extraordinário, e tendo sido cumprida veio a dar uma nova feição a nossa Federação.

O principal aspecto do federalismo cooperativo brasileiro, retomado pela Constituição Federal de 1988, é a absorção do pensamento solidarista na busca da redução das desigualdades regionais, conforme afirmamos.

Entretanto, temos que buscar o federalismo cooperativo de equilíbrio (solidarista), onde as regiões menos favorecidas desenvolvam seu potencial produtivo para sair da situação de dependência, contribuindo para o desenvolvimento econômico do país. Portanto, as políticas públicas, em todos os níveis, quando, ingenuamente, distribuem recursos sem contraprestação produtiva, são fraterna-listas (mínimo existencial), jamais solidaristas (máximo potencial). Para concretizar o princípio soli-darista é necessária a existência de contraprestação, ideia reforçada pelo princípio constitucional da eficiência e do dever de progresso (CRFB, respectivamente: art. 37, *caput*, e art. 3º, II).

Outro aspecto relevante é a solidariedade educacional, científica e tecnológica que deve existir entre os entes da federação, tanto em nível vertical (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) quanto horizontal (Estados ou Municípios entre si), através de "protocolos de cooperação", algo que também deve ser estendido à Administração Pública Direta e Indireta de cada ente.

Imaginemos que o município que fosse destaque nacional em saúde pública assumisse o dever solidarista de celebrar "protocolo de cooperação"

com o município com maiores dificuldades neste setor. Estaríamos concretizando o que denominamos *federalismo solidarista de equilíbrio.*

3.2. Solidariedade e democracia – Da cidadania solidária

Por que hoje um conceito tão antigo, como o de cidadania, atrai novamente a atenção dos constitucionalistas e dos filósofos práticos? Esse conceito tem sido central no âmbito da filosofia moral e política. *Cidadão* é aquele que pertence a uma comunidade política moderna, cujas instituições pretendem ser justas e precisamente adquirem sua legitimidade dessa pretensão de justiça[91]. Exercer cidadania é participar ativamente desse processo de construção.

O sonho grego da cidadania cosmopolita é concretizado no novo modelo de cidadania adotado na Europa – a cidadania multicultural, onde se busca conciliar a diversidade de culturas com a necessidade de uma ética universal.

A partir do mundo filosófico, foram empreendidos três caminhos para construir uma ética universal com *força normativa* ou, ao menos, para refletir sobre a possibilidade de construí-la[92]:

1) Tomar como ponto de partida uma determinada cultura e tentar estender as suas hipóteses éticas às restantes (Liberalismo Político[93]).
2) Detectar nas diferentes culturas os valores e princípios éticos que já compartilham e construir, a partir deles, uma ética global (Crítica Social Imanente[94]).
3) Tomar como ponto de partida um fato e descobrir, mediante reflexão transcendental, um núcleo racional normativo que não possa negar-se sem entrar em contradição (Pragmática Transcendental[95]).

Partindo para construção do modelo de ética cívica na sociedade pluralista, Adela Cortina se aproxima mais da ideia de cidadania solidária. O direito na perspectiva pós-positivista deve pretender estar justificado dentro de um referencial moral e ético.

As características dessa ética cívica são, resumidamente, as seguintes[96]:

1) É uma realidade social e não construção filosófica; faz parte do mundo

vital de uma sociedade pluralista. Conjunto de valores e princípios que os grupos dessa sociedade, que propõe modelos de uma vida boa, já compartilham;

2) É o tipo de ética que vincula as pessoas como cidadãos e não como súditos nem vassalos;

3) É dinâmica. Constitui a cristalização dos valores compartilhados por diversas propostas de vida boa;

4) A ética cívica é uma ética pública (de se fazer conhecida ao público através da opinião pública, com razões compreensíveis e admissíveis);

5) É uma ética dos cidadãos, portanto própria dos membros da sociedade civil, não uma ética estatal;

6) É uma ética laica, que não aposta em nenhuma determinada confissão religiosa, mas também não se propõe a eliminá-las.

A cidadania solidária é produto do compromisso ético e humanístico com a efetividade dos direitos fundamentais pela via solidarista, que realiza o sonho kantiano de comunidade ética cosmopolita na exata medida que a cidadania tende a ser mundial.

Existindo maior integração entre os Estados Constitucionais Cooperativos, onde os princípios possibilitadores da efetividade dos direitos humanos constituem a sua base ética, o direito internacional público deixa de ser o conjunto de normas e princípios que regulam as relações entre as nações para adquirir o contorno de um "direito internacional dos direitos humanos", garantindo *status* específico aos cidadãos dos diversos países[97].

A democracia na perspectiva solidarista se materializa, em termos gerais, quando o conteúdo dos atos dos representantes faz-se justo em face dos cidadãos[98] possibilitando o desenvolvimento integral da condição humana em termos sociais, econômicos e culturais, respeitando as liberdades fundamentais e fortalecendo os laços de solidariedade.

A existência de mecanismos deslegitimadores (*impeachment*, *recall*, responsabilidade política, destituição, moção de censura[99]), como instrumento necessário ao exercício da cidadania em favor da efetividade dos direitos fundamentais, está diretamente relacionada ao fortalecimento da democracia.

Nas palavras de Bobbio: "Enquanto as liberdades civis são uma condição necessária para o exercício da liberdade política, a liberdade política – ou

seja o controle popular do poder político – é uma condição necessária para, primeiro, obter e depois, conservar as liberdades civis”[100].

A possibilidade de exercício e o efetivo exercício dos direitos fundamentais é uma condição necessária da democracia: isto significa que os direitos humanos não substituem a democracia; mas uma democracia digna desse nome se baseia nos direitos humanos[101].

A cidadania solidária também se concretiza na forma de participação política reivindicatória das condições básicas de vida digna para todos, garantindo o acesso aos bens indispensáveis ao mínimo existencial. Efetiva-se na satisfação das expectativas dos menos favorecidos, proporcionando-lhes uma justa igualdade de oportunidades, pois, onde a exclusão social se faz presente, a liberdade e a justiça não se manifestam, senão para poucos.

A cidadania solidária é despida do viés ou vínculo político com determinada nação para alcançar a possibilidade de exercício transnacional para defesa de interesses fundamentais transindividuais ou direitos humanos decorrentes de Tratado Internacional incorporado ao ordenamento jurídico (o estrangeiro possui legitimidade ativa para defesa do meio ambiente, qualquer ser humano – nacional ou estrangeiro – detém a legitimidade ativa para proteção do núcleo existencial mínimo e intangível dos direitos humanos e fundamentais de outrem por sua simples condição humana).

3.3. O papel dos órgãos de soberania na construção do Estado Solidário

Já afirmara Montesquieu, um dos formuladores da doutrina da separação dos Poderes:

> *Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.*

Seguindo o mesmo entendimento, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789[102], em seu art. XVI, afirma: *Qualquer sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição.*

A separação de funções estatais comporta a interdependência funcional instrumental aliada à harmonia substancial, ambas subordinadas aos objetivos e finalidades constitucionais do Estado, especificamente ao regime jurídico constitucional de bem-estar social e desenvolvimento econômico. Resumidamente, o Estado se organiza para realizar os direitos fundamentais.

O art. 2º da nossa Lei Fundamental estabelece como Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Independência e harmonia conduzem à interdependência. A interdependência funcional é instrumentalizada pela Constituição Federal para que o Estado alcance, com fundamento nos preceitos nela estabelecidos, os seus objetivos fundamentais, quais sejam: a construção de uma *sociedade livre, justa e solidária*; a garantia do *desenvolvimento nacional*; a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais e, por fim, a *promoção do bem de todos*, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O princípio da separação e *interdependência* dos Poderes possui a função de garantia da Constituição, conforme leciona Canotilho[103], pois os esquemas de responsabilidade e controle entre os Órgãos de Soberania transformam-se em relevantes fatores de observância da Lei Fundamental.

É na observância da Lei Fundamental que deve residir a harmonia substancial dos Poderes, conducente ao princípio da conformidade dos atos do Estado com a Constituição. Pois mesmo os atos não normativos diretamente densificadores de momentos políticos da constituição – atos políticos – devem sujeitar-se aos parâmetros constitucionais e ao controle (político ou jurídico) da sua conformidade com as normas constitucionais[104].

O princípio da separação dos Poderes constitui *cláusula pétrea* (art. 60, § 4º, III, CRFB), não pode ser objeto de emenda tendente a aboli-lo, pode, entretanto ser ampliado[105], passando alguns órgãos a adquirirem *status* constitucional de novo Poder a exemplo da autonomia conquistada pela Defensoria Pública após a Emenda Constitucional 45/2004.

Os problemas de integração, que todas as sociedades altamente complexas precisam superar, só podem ser resolvidos por meio do Direito moderno, se

esta integração, e aqui me refiro à integração entre os órgãos de soberania, for gerada a partir de um Direito legítimo constituído por aquela forma abstrata de solidariedade política, cuja continuidade ou ruptura dependerá da concretização de direitos fundamentais[106].

Ao Judiciário atribui-se papel mais (cri)ativo para que sua função se identifique solidariamente com a concretização dos direitos fundamentais e que a jurisdição se afirme como novo elemento de inclusão social[107], contribuindo diretamente na consecução dos objetivos fundamentais da República.

Na importante e corajosa observação de Carlos Valder Nascimento:

> *Se há gastos supérfluos, fraude orçamentária, sem que ninguém seja responsabilizado por isso, debite-se ao festival de impunidade que assola o país. Esse vezo institucional é pródigo em atuar de modo sintonizado contra os excluídos, os párias, os indefesos. Estes sim esquecidos pelo Executivo e Legislativo não podem ficar órfãos do Judiciário a quem cabe reparar esse desvio institucional em curso no país*[108].

Ao Ministério Público cabe maior participação na proteção dos interesses das minorias carentes, passando de fiscal da lei a construtor do projeto constitucional de uma ordem jurídica justa, esse o sentido solidarista a ser atribuído ao art. 129, III, da CRFB[109].

A Defensoria Pública na defesa dos necessitados, com os novos instrumentos que as recentes reformas infraconstitucionais lhe proporcionaram (legitimidade para propor ação civil pública, comunicação em no máximo vinte e quatro horas das prisões em flagrantes de pessoas que não possam pagar advogado etc.) tem acompanhado a nova tendência das reformas constitucionais no sentido de fortalecer a dimensão institucional dos direitos fundamentais.

Ao Legislativo cabe a tarefa de concretizar, em nível político-legislativo, a partir do texto da norma constitucional, através de decisões políticas com densidade normativa, os atos legislativos, os preceitos da Constituição[110]. Posteriormente lhe incumbe o dever democrático de produzir leis simples e acessíveis às camadas sociais mais carentes, num diálogo aberto à participação ativa de todos os destinatários da norma, em suma, é preciso legislar objetivando atingir o interesse público primário (do povo) e fundamentalmente em defesa das comunidades carentes.

Destarte, realizar os direitos fundamentais partindo de atividade legislativa torna-se possível com uma maior democratização dos processos legislativos e do próprio direito, mas acima de tudo, em não havendo participação popular no diálogo formativo das leis, respeitando adequadamente a autonomia dos cidadãos individuais, fortalecendo os laços de solidariedade. Afinal, os juristas podem certamente contribuir para a realização da razão e da justiça, mas não podem fazer isso sozinhos. Isto pressupõe uma ordem racional e justa[111].

Em nível executivo, com base no texto da norma constitucional e das subsequentes concretizações desta em nível legislativo (também em nível regulamentar, estatutário), desenvolve-se o trabalho concretizador, de forma a obter uma norma de decisão solucionadora dos problemas concretos[112].

Nossa Constituição é notadamente dirigente, portanto, grande parte da concretização dos seus preceitos se dá através de políticas públicas ou programas de ações governamentais desenvolvidas pelo Governo[113]. Política pública (preceito normativo que estabelece fins, objetivos ou programas) é espécie do gênero norma jurídica e pode ser objeto de controle judicial, atribuindo-se ao Legislador o dever de estabelecer normatividade suficiente para concretização das políticas públicas fundamentais (art. 3º da CRFB e demais normas programáticas) sob pena de incorrer em omissão inconstitucional.

É preciso corrigir o equívoco ainda presente em nossas Instituições que é o fato de não estarem, com raras exceções, a serviço das camadas sociais menos favorecidas. Realizando o que Rawls denomina princípio de igualdade de oportunidades equitativas, reforçado por um princípio de redistribuição ou *princípio de diferença*, segundo o qual as únicas desigualdades aceitáveis são aquelas que beneficiam aos mais desfavorecidos[114].

3.4. Princípio da Cooperação – O Estado Constitucional Solidarista na ordem internacional – Constitucionalismo multinível

A justificativa que se apresenta a esta abordagem, de forma mais direta, é a de submeter a Teoria do Estado ao desafio de desvendar fenômenos que

hoje se encontram em processo de conformação e compreensão, como o novo modelo de Estado que se chama União Europeia e talvez num futuro bem próximo a União Sul-Americana.

A soberania já não é algo absoluto, as fronteiras entre os países não mais representam limites à atuação do Estado, o povo como elemento constitutivo do Estado, ao adquirir a dupla cidadania[115], passa a ser também elemento constitutivo da ordem supranacional.

Inicialmente será estudado o conceito de soberania, sua construção nos diversos momentos históricos até a sua conformação atual, para em seguida adentrarmos a sua fundamentação constitucional, já que a época moderna tem como corolário no plano jurídico-político a doutrina constitucional, como organizadora das condições institucionais da vida em sociedade[116].

Num segundo momento analisaremos o fenômeno da globalização econômica como fator de relativização da soberania dos Estados[117], culminando com a formação de blocos comunitários de cunho econômico, social e político tendo como principal característica a supranacionalidade e a interconstitucionalidade[118], realidades próprias do constitucionalismo multinível.

Por fim, serão identificados os reflexos da globalização econômica e da relativização da soberania na nossa realidade social, apontando propostas direcionadas ao resgate da dignidade da pessoa humana, a qual, por mais distante que possa estar o alcance da sua plenitude, jamais poderá deixar de ser buscada.

O conceito de soberania está condicionado à história e espelha as circunstâncias de cada época histórica, suas ideias, seus sucessos, enfim, os fatos acontecidos no tempo e no espaço[119].

No final da Idade Média, a vontade dos monarcas não sofria qualquer limitação, ninguém lhes disputava o poder, eram eles senhores da vida e da morte dos seus súditos, tal fato condicionou a percepção da soberania em seu aspecto absoluto e completo, tal qual introduzido pelos teóricos do Estado.

É Jean Bodin[120], por volta de 1576, na sua obra *Les six livres de la république*, quem primeiro busca conceituar a soberania, esclarecendo que esta representa o poder absoluto e perpétuo da República[121], não sofre limitações, nem tampouco interrupções temporais. Deixou, o citado autor,

de mencionar a característica da inalienabilidade, o que outros teóricos fariam posteriormente.

Dois séculos mais tarde, no ano de 1762, Rousseau em sua obra *O contrato social*, ao tratar do tema da soberania, transfere a titularidade do seu exercício da pessoa do governante para o povo. Além de reconhecer as características da inalienabilidade e indivisibilidade como fundamentos da soberania[122].

Nos séculos seguintes várias abordagens e concepções farão a conformação do conceito de soberania que a seguir apresentaremos de forma bastante sintética.

A soberania é a expressão da vontade de uma ordem, qualidade ou elemento essencial do Estado, que expressa a plena eficácia do poder em conformidade com o ordenamento jurídico, fazendo valer dentro do seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência, tendo o povo como titular do seu exercício, que a exerce através dos órgãos de soberania do Estado na forma que a constituição a fundamenta e o momento histórico e a realidade social lhe condicionam[123].

A questão da soberania, em face da nova ordem mundial, apresenta-se das mais complexas e controversas, tanto em termos de Direito interno quanto internacional, começando pela multiplicidade de concepções a respeito.

Charles de Visscher[124], em 1962, já assinalava que as sucessivas concepções jurídicas de soberania representavam o reflexo das transformações históricas do poder político, considerado tanto na sua organização interna como nas suas relações com o exterior:

> *Lo que la doctrina se resiste aún a admitir es la persistencia en la realidad de la vida internacional de una concepción de la soberanía que, en ciertos aspectos, contradice la suya. Sin duda alguna se han exagerado los contrastes, pues el hombre político no desconoce por lo general los límites que la libertad de acción del Estado impone la coexistencia con otros Estados y, en circunstancias normales, acepta los deberes y los cargos derivados de tal estado de cosas. Bien es verdad que, en lo que afecta al Derecho, el Estado mantiene con reserva la excepción de soberanía. Al Estado, como unidad de poder, le repugna ser solamente un sujeto de derecho. Considera que no solo le incumbe definir por si mismo aquellos de sus intereses que considera vitales, sino también*

protegerlos por todos los medios de que dispone, incluso mediante el empleo de la fuerza armada, que en el orden externo es la negación de la ley común de la coexistencia.

Albuquerque Mello refere-se à soberania dos Estados como o *direito à liberdade ou à independência, dentro dos limites fixados pelo Direito Internacional, para realizar os atos que lhe aprouver sem necessitar do consentimento de qualquer outro Estado*[125].

Verdross, citado ainda por Albuquerque Mello, assinala que a soberania significa competência territorial, bem como competência sobre os indivíduos nesse território. Acrescenta, todavia, que a soberania ou independência do Estado é encarada atualmente no seu sentido relativo, isto é, feixe de competência territorial, bem como uma das competências que os Estados possuem, mas outorgado e limitado pela ordem internacional[126].

O reconhecimento da soberania dos Estados tem sido feito em inúmeros textos internacionais, como a carta da ONU cujo art. 2º, alínea 7a, estipula: "Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assunto que dependa essencialmente de qualquer Estado".

Conforme leciona Canotilho, *a soberania, em termos gerais e no sentido moderno, traduz-se num poder supremo no plano interno e num poder independente no plano internacional*. A *soberania no plano interno* traduzir-se-ia no monopólio de edição do direito positivo pelo Estado e no monopólio da coação física legítima para impor a efetividade das suas regulações e dos seus comandos. Nesse contexto se afirma também o caráter originário da soberania, pois o Estado não precisa recolher o fundamento de suas normas noutras normas jurídicas[127].

Quanto à *soberania internacional* (termo que muitos internacionalistas afastam preferindo o conceito de independência[128]), Canotilho a considera, por natureza, *relativa*, eis que existe sempre o *alter ego* soberano de outro Estado, ressaltando que, ainda assim, significa a igualdade dos Estados que não reconhecem qualquer poder superior acima deles (*superiorem non recognoscem*)[129].

Partindo agora para a fundamentação constitucional da soberania, passaremos a analisar como ela é contemplada no nosso ordenamento jurídico constitucional e como devemos interpretá-la.

A Constituição Federal de 1988 trata inicialmente da soberania no seu art.

1º, apresentando-a como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito; em seguida, o art. 5º, LXXI, concede mandado de injunção quando inviável o exercício dos direitos e liberdades condicionais e prerrogativas inerentes à *soberania*, cidadania e nacionalidade, diante da falta de normas para amparo expresso a tais direitos; já o art. 14 estabelece que a *soberania popular* deve ser exercida pelo instrumento do sufrágio universal e pelo voto direto e secreto com igual valor para todos; por fim, o art. 170, I, dispõe sobre a *soberania* como princípio da ordem econômica.

Embora difusas as disposições normativas, o texto constitucional brasileiro mostra que a soberania não é mais regulada como qualidade intrínseca e exclusiva do Estado, este é que se legitima através dela. Por isso preferimos substituir ou converter a noção de soberania em "capacidade de servir", passando a solidariedade a substituí-la enquanto fundamento da República, permanecendo a soberania como elemento constitutivo do Estado.

Canotilho argumenta que a constituição confere legitimidade à ordem política e dá legitimação aos respectivos titulares do poder político. Precisamente por isso se diz que a constituição se assume como *estatuto jurídico do político* (Castanheira Neves) num duplo sentido – o da legitimidade e da legitimação. O esforço de constituir a ordem política segundo *princípios justos* consagrados na constituição confere a esta ordem indispensável bondade material (legitimidade) e, ao vincular juridicamente os titulares do poder, *justifica* o poder de "mando", de "governo", de "autoridade" destes titulares (legitimação)[130].

Aqui se registrou o significado moderno que assumiu a soberania no seu ciclo histórico de buscar na sociedade, muito antes que no Estado, a fonte de sua própria existência, eficácia e legitimidade jurídicas[131].

Também é importante ressaltar que a tendência atual para a abertura internacional pressuporá, indissoluvelmente, a abertura da constituição que, segundo Canotilho[132], deixa de ter a pretensão de fornecer esquema regulativo exclusivo e totalizante assente num poder estatal soberano para aceitar os quadros ordenadores da comunidade internacional.

Esse entendimento busca oferecer maior efetividade ao texto constitucional no que se refere à soberania, já que este fenômeno encontra-se em constante mutação. A soberania deve ser lida a partir da Constituição e, se esta não apresentasse abertura no conteúdo de suas normas, tal leitura

se tornaria impraticável.

A crise no conceito de Estado em face da relativização da soberania implica necessariamente a reformulação da ordem jurídica constitucional que é o instrumento jurídico fundamental conformador do Estado, instituição reflexiva da identidade cultural, social, normativa e política do seu povo. O Estado é processo, já nos ensinava Adolfo Posada[133] em 1935. Nessa mesma perspectiva, afirma Canotilho[134] que a identidade da constituição não significa a continuidade ou permanência do "sempre igual", pois, num mundo sempre dinâmico, a abertura à evolução é elemento estabilizador da própria identidade.

A globalização é fenômeno social, consistente na aproximação de distâncias geográficas e na homogeneização das expectativas de consumo, de práticas políticas decorrentes da globalização econômica[135].

A globalização econômica consiste na progressiva internacionalização dos mercados de bens, serviços e créditos, induzida pela redução de tarifas de exportação, de obstáculos aduaneiros e pela padronização das operações mercantis[136].

Para Guidens, a globalização é a intensificação das relações sociais em escala mundial que liga localidades distantes de maneira que eventos longínquos modelam acontecimentos locais e são por eles modelados[137].

Existe frase de Guy Sormon, economista francês, que retrata bem o fenômeno da globalização das economias: "*O deslocamento de ar provocado pelo batimento da asa de uma borboleta em Pequim pode provocar um furacão na Califórnia*"[138]. Trata-se de metáfora que podemos verificar na nossa realidade global, em que situações ou eventos ínfimos provocam desdobramentos de grandes proporções.

Numa sociedade tão "conectada" em si mesma, como jamais existiu, em que desestabilizações de economias nacionais, fluxos instantâneos de capitais, queda acentuada em bolsas de valores, especulações financeiras, enfim, situações fáticas temperadas pela *realidade virtual* e o *tempo real* integram o cotidiano, o pensamento de Guy Sormon torna-se cada vez mais atual.

A globalização se consolidou com tamanha rapidez e profundidade que muitos já a tratam como processo irreversível, isso por diversos motivos. O PIB de determinado país, por exemplo, deixou de depender apenas de

fatores internos[139].

À medida que aumentam as exportações e importações, novos elementos são inseridos no cômputo dos números da economia. A importância, para a economia nacional, do comércio internacional cresceu vertiginosamente; isso com certeza reflete na soberania do estado, que se relativiza proporcionalmente ao aumento do grau de dependência econômica que lhe afeta.

É certo que a soberania lida sob a ótica dos antigos teóricos do Estado não mais se aplica ao mundo globalizado. É importante refletirmos, principalmente por ser a globalização processo dinâmico e em constante transformação, se o que estamos a observar é realmente a relativização da soberania ou se apenas houve transferência do âmbito do exercício da soberania do Estado para o ente supranacional, que por seu turno seria capaz de exercer soberania plena no seu âmbito de atuação.

A relativização da soberania em face da globalização econômica deve ser lida sob dois aspectos. O primeiro deles diz respeito à relativização da soberania dos Estados que integram as chamadas Comunidades ou Uniões Internacionais. O segundo refere-se à relativização da soberania dos Estados economicamente dependentes.

É patente que a relativização da soberania dos países ditos subdesenvolvidos não é fenômeno atual, portanto seria ingenuidade atribuir esta relativização à globalização. Esta última, conforme lição de Canotilho[140], torna as fronteiras cada vez mais irrelevantes e a interdependência política e econômica cada vez mais estruturante. Porém, em nossa opinião, não determina a relativização da soberania desses países; esta está ligada a fatores determinantes de ordem histórica, sejam eles sociais, políticos, culturais e /ou econômicos.

Apesar de não ser fator determinante, é a globalização econômica um dos principais fatores não só de aumento da relativização da soberania, como também do acréscimo das desigualdades sociais.

Com relação à soberania dos países que integram ordens supranacionais, a exemplo da União Europeia, e que abrem mão de fatias importantes da sua soberania nacional, entendemos que, em tais casos, não existe relativização da soberania desses Estados. Ao contrário, sua soberania encontra-se fortalecida em decorrência da constelação de *fatores reais de poder*[141] em torno de objetivos comuns. Há, aqui, transferência do exercício da

soberania para órgãos supranacionais. Os doutrinadores que insistem em caracterizar a soberania desses países como relativa adotam conceito de soberania limitado, nos termos que a tratavam os antigos teóricos do estado, e que não condiz com a realidade atual.

Se for certo que a União Supranacional constitui novo tipo de Estado soberano, não é menos correto afirmar que o faz com o objetivo de recuperar o poder, em especial o poder econômico que tem perdido para as grandes corporações (em estudo feito por Hertz e publicado pela Harper em 2003, *das cem maiores economias do mundo, cinquenta e uma são empresas enquanto quarenta e nove são Estados*)[142]. Porém, ambos, poder público e poder privado[143], retiram a sua legitimidade da efetiva proteção-concretização dos direitos fundamentais (aspecto interno) e direitos humanos (aspecto externo).

Nessa busca frenética por crescimento econômico (dimensão quantitativa), não deve o Estado ignorar a sua finalidade constitutiva que é manter a centralidade dos direitos fundamentais do ser humano num equilíbrio capaz de proporcionar desenvolvimento econômico (dimensão qualitativa) com bem-estar social[144].

O crescimento econômico liga-se aos *aspectos quantitativos* da economia, de incremento da produção e exportação, entrada de ativos financeiros, aumento do superávit etc., sem a correspondente vinculação aos *aspectos qualitativos*, tais quais: aumento do índice de desenvolvimento humano, redução das desigualdades sociais, mobilidade social etc., essenciais à existência do desenvolvimento econômico.

Não existe desenvolvimento econômico com retrocesso ou estagnação do bem-estar social. Pode até existir desenvolvimento econômico sem crescimento econômico, e vice-versa. Veja o exemplo da Argentina, que em novembro de 2005 registrou crescimento econômico de 9% e ainda assim a política econômica conduzida pelo governo sofreu severas críticas por parte de integrantes da Igreja Católica daquele país, por não perceberem esse crescimento econômico refletido no bem-estar social da população.

O Estado Solidarista também é reflexo de uma rede de contribuições na ordem internacional, da abertura cooperativa para o mundo. Essa abertura implica um fenômeno denominado *constitucionalismo multinível*, no qual a interconstitucionalidade e a interculturalidade fazem-se presentes.

A teoria da interconstitucionalidade[145] estuda as relações entre as diversas

constituições dentro do mesmo espaço político, a convergência, concorrência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes nesse mesmo espaço.

No panorama jurídico constitucional brasileiro podemos citar, como exemplo, a articulação da Constituição Federal com as Constituições Estaduais (*vide* art. 25 da Constituição Federal e art. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, normas de direito interconstitucional). Isso não traz nada de novo.

O que há de especificamente novo, conforme Canotilho, é a existência de rede de constituições de estados soberanos; as turbulências produzidas na organização constitucional dos estados constitucionais por outras organizações políticas (ex.: comunidades políticas supranacionais); a recombinação das dimensões constitucionais clássicas através de sistemas organizativos de grandeza superior; a articulação, a *coerência constitucional* estadual com a diversidade de constituições inseridas na rede interconstitucional; a criação de esquema jurídico-político caracterizado por grau suficiente de *confiança condicionada* entre as várias constituições imbricadas na rede e entre a constituição revelada pela organização política de grandeza superior[146].

É com a autodescrição[147] das identidades nacionais que as várias constituições dos variados países *reentram* em formas organizativas superiores, com vistas à manutenção do valor e função das constituições dos Estados[148].

O fenômeno da interconstitucionalidade pressupõe o fenômeno da *interculturalidade constitucional*[149]. A intercultura realça a ideia fundamental de *partilha* de cultura, de ideias ou formas de encarar o mundo e os outros[150].

A comunicação interconstitucional assenta em princípios comuns que, de uma forma ou de outra, apontam para a ideia de constituição cultural e Estado Constitucional cultural. Nesse contexto, por exemplo, as Constituições da União Europeia converter-se-ão em instrumentos relevantíssimos de uma *hermenêutica europeia* que procura articular o reconhecimento das identidades nacionais com a formação da *identidade cultural europeia*[151].

O *Human Rights Act* de 1998, a nova carta de direitos fundamentais do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, é o maior exemplo de

contribuição para o convívio interconstitucional, onde aquela confederação, tradicionalmente dotada de constituição flexível, começa a permitir a existência de declaração de incompatibilidade entre as leis e a Carta de direitos fundamentais (HRA), criando nova espécie de supremacia constitucional e controle de constitucionalidade dos atos do parlamento britânico através da declaração de incompatibilidade entre uma lei e os direitos previstos no *Human Rights Act* (ressalte-se que tal declaração não acarreta a nulidade da lei; a Corte Constitucional inglesa, criada em outubro de 2008, revela ao Parlamento a contrariedade da lei aos direitos humanos, cabendo ao Parlamento revogá-la ou modificá-la)[152]. Atualmente, já pode se falar em exercício de jurisdição constitucional no Reino Unido através do controle de incompatibilidade. Tal realidade demonstra a importância dos direitos humanos e fundamentais no novo constitucionalismo global e multinível.

Também a Nova Zelândia acompanhou o novo paradigma constitucional de centralidade dos direitos fundamentais ao estabelecer seu *Human Rights Amendment Act* em 2001. A flexibilidade constitucional (ausência de hierarquia entre norma constitucional e leis ordinárias) tem sido superada através da supralegalidade[153] ou análise de incompatibilidade das leis em face dos direitos fundamentais nos países de Constituição Flexível.

O fenômeno da interconstitucionalidade, trazido para o contexto do ordenamento jurídico constitucional brasileiro, encontra amparo, em seu aspecto externo (interconstitucionalidade externa)[154], no *art. 4º, parágrafo único*, da Constituição Federal, o qual estabelece que *a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações*.

Ao se fazer paralelo entre Estado e direitos fundamentais, pode-se observar que a evolução estrutural do Estado, até algumas décadas atrás, vinha acompanhando a evolução dos direitos fundamentais, cite-se o exemplo do Estado Liberal paralelo à primeira geração dos direitos fundamentais (direitos de liberdade) seguido pelo Estado Social que acompanhou o surgimento da segunda geração dos direitos fundamentais (sociais, econômicos e culturais)[155].

Porém, o que se viu com a terceira geração dos direitos fundamentais (direitos de solidariedade) foi a sua positivação no plano formal e a

conformação jurídica do Estado Democrático e Social de Direito distante do alcance da concretização de tais direitos fundamentais. Isso porque sua conformação política atual é a de Estado Neoliberal que se compatibilizaria ao primeiro tipo de Estado aqui citado, jamais às demais gerações de direitos fundamentais (segunda, terceira e quarta para aqueles que reconhecem a existência desta última geração).

Fazemos referência ao *Estado Solidarista*, sendo esse o verdadeiro Estado Constitucional, para instigar na mente daqueles que lutam pelo resgate da dignidade do ser humano, este só alcançável pela concretização de todas as dimensões dos direitos fundamentais, que passem a defender o modelo político coerente com o modelo jurídico, sob pena de termos uma Constituição puramente semântica (Karl Loewenstein) ou simples folha de papel (Ferdinand Lassale).

O Direito Constitucional Organizatório, enquanto disciplina compreensiva do Estado Constitucional, encontra-se numa relação meio-fim com os direitos fundamentais. O Estado (meio) é pensado, teorizado e estruturado organizativamente para concretizar de maneira otimizada os direitos fundamentais (fim).

Nosso maior desafio encontra-se em estudar esse fenômeno que ainda não está claramente definido, que é a globalização – se é que algum dia se poderá defini-lo em todas as suas facetas. Porém, as suas consequências já se fazem sentir na realidade mundial. Canotilho[156] já fala em Constitucionalismo Global, que para ele é paradigma que hoje não se encontra em condições de neutralizar o constitucionalismo nacional.

Já temos o constitucionalismo supranacional como realidade concretizada, veja a Constituição Europeia[157] e o *Human Rights Act* de 1998, exemplos concretos do constitucionalismo supranacional e multinível. A construção do constitucionalismo global é meta a ser alcançada através da internacionalização dos direitos humanos e universalização do desenvolvimento econômico e redução das desigualdades sociais entre as diversas nações do mundo.

Num contexto onde os fenômenos sociais, políticos e econômicos transcendem as fronteiras dos Estados Nacionais, em que se observam crescimentos extraordinários entre as grandes corporações, devemos questionar quais valores devem conformar a soberania e o fenômeno constitucional. Será a busca inconsequente por lucro, do neoliberalismo?

Ou será a construção do desenvolvimento econômico necessariamente vinculado ao bem-estar social e à *centralidade dos direitos fundamentais e humanos para o progresso da humanidade*?

A resposta parece óbvia, porém, a realidade é que o capital internacional e o poder econômico determinam muitas das decisões políticas fundamentais. Quem está no poder tende a criar cenário propício a se prolongar nesse poder. Atualmente se avalia a violação aos direitos fundamentais em termos de custo-benefício empresarial, pois a sanção pela sua violação, quando aplicada, será, na maioria das vezes, determinado valor monetário, na linguagem empresarial, uma "externalidade".

Resta ao novo paradigma da Teoria do Estado oferecer à globalização econômica, a globalização dos direitos humanos. A dimensão moral deve ser pressuposto da política mundial, tanto dos Estados quanto das Empresas, num compromisso irrenunciável com a dignidade humana e que nem Adam Smith[158], pai do liberalismo, ousou ignorar em seus escritos.

Podemos observar que a realidade da União Europeia é tão complexa que até mesmo a geração dos direitos fundamentais, que essa estrutura supranacional propôs inicialmente a tutelar, foi a segunda (os direitos sociais, econômicos e culturais). Já existem respostas concretas se conformando em resposta à política neoliberal, não se surpreenda se esta resposta for o novo modelo de Estado Solidarista, realidade ainda não alcançada ao longo dos séculos de existência dos Estados Nacionais. O Estado Solidarista estará voltado à consecução da terceira geração dos direitos fundamentais (direitos de solidariedade) tendo por pressuposto a plena concretização da segunda geração desses mesmos direitos e o resgate da dignidade da pessoa humana como o valor fonte desse *multilevel constitucionalism.*

O neoliberalismo venceu todos os "ismos" que surgiram ao longo da história, seja o comunismo, socialismo, fascismo, autoritarismo, populismo etc. Porém, jamais vencerá o constitucionalismo, pois é na Constituição que reside a última trincheira de resistência à política econômica neoliberal e o fracasso social que ela representa. Assim, globalizemos os direitos fundamentais e humanos, a intransigente e efetiva defesa do meio ambiente, a erradicação da miséria e da pobreza, a consciência de que os ódios interétnicos que têm conduzido o ser humano à barbárie é também resultado da atual política de globalização neoliberal, ou simplesmente, globalizemos

as Constituições e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que são os verdadeiros repositórios dos valores fundamentais das nações do mundo.

Deve-se buscar o equilíbrio hermenêutico necessário à transformação social através do direito, que a Constituição enquanto processo postula de forma quase que poética, e que um dia se dirá profética. A realização do ideal de solidariedade traduz-se no maior de todos os desafios do Estado Constitucional e um compromisso de todos.

3.5. Solidariedade enquanto fundamento da República – Uma nova proposta

A solidariedade constitui verdadeiro fundamento da República Federativa do Brasil, já que o pensamento solidarista tem implicações diretas na Democracia, na Separação de Funções Estatais, na noção jurídica de República, no modelo federalista e principalmente nos direitos fundamentais.

Com relação à soberania, desde Duguit, esta já havia se despojado do seu poder de mando e convertida em capacidade de servir[159]. A noção de soberania fora substituída pela noção de serviço público.

Nossa proposta é clara e objetiva: substituir o dispositivo constitucional *soberania* previsto no art. 1º, I, da CRFB, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil por *solidariedade*, este, o verdadeiro fundamento do nosso Estado Constitucional.

No que se refere à ordem internacional, a soberania se afirma diretamente na in(ter)dependência nacional (art. 4º, I, CRFB)[160] onde os Estados Constitucionais integram a rede de cooperação internacional através da afirmação dos direitos humanos. Fenômeno que, conforme observamos anteriormente, adquire novas perspectivas decorrentes do constitucionalismo multinível e que se fortalece pela transformação da independência em interdependência solidarista (Cooperação Internacional[161]), com novos reflexos nas relações entre os Estados em decorrência da concretização do pensamento solidarista na ordem internacional.

Com relação à ordem interna, não faz sentido continuarmos insistindo numa suposta “supremacia – poder de mando” pertencente ao Estado na

defesa dos interesses públicos[162], pois o que deve existir enquanto fundamento da República é a "capacidade de servir" no interesse maior e solidário de concretização dos direitos fundamentais.

4. Estratégias para a efetivação do Estado Solidarista

> *A dignidade do homem reside no fato de ele ser indefinível. O homem é como é, porque reconhece essa dignidade em si mesmo e nos outros homens.*
>
> Karl Jaspers[163]

4.1. O mínimo existencial

O mínimo existencial possui dependência inegável do grau de desenvolvimento econômico de cada país, do avanço da cooperação internacional entre os Estados e dos laços de solidariedade social para garantia do mais fundamental dos direitos: *a vida.*

O *caput* do art. 5º da Constituição Federal estabelece a inviolabilidade do direito à vida, porém, nenhum dos seus setenta e oito incisos e três parágrafos, expressa qualquer garantia desse direito (rigorosamente, as clássicas garantias e os remédios são também direitos, embora nelas se percebesse o *caráter instrumental* de proteção dos direitos[164]). Entretanto, a cláusula de abertura[165], presente no seu § 2º, permite afirmarmos o *mínimo existencial* como garantia do direito à vida, tendo o direito de petição[166] e o mandado de segurança[167] como remédios constitucionais específicos para sua tutela.

Os direitos constituem os bens jurídicos individuais, sociais, difusos ou coletivos que serão objeto de proteção (vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade, intimidade, saúde, lazer, salário-mínimo, meio ambiente equilibrado etc.), as garantias constituem formas de proteção aos direitos, podendo ser jurídica (mínimo existencial, devido processo legal, proibição de prisão ilegal, inafastabilidade da apreciação judicial, inviolabilidade do domicílio etc.) ou institucional (autonomia universitária, serviços públicos, separação de funções estatais, autonomia dos entes federados, vitaliciedade, irredutibilidade de vencimentos etc.), por fim, os

remédios (ou garantias instrumentais para alguns autores) constituem instrumentos jurídicos postos à disposição da coletividade em face da lesão ou ameaça a direito, quando a garantia não foi suficiente para a sua proteção, são eles: o direito de ação, direito de petição, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular, ação civil pública etc.

Todos possuem o direito fundamental à liberdade, tendo como garantia a proibição de prisão ilegal (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente etc.), entretanto, se ainda com tais garantias, o indivíduo, por ilegalidade ou abuso de poder, tiver a sua liberdade violada ou ameaçada, terá o remédio constitucional denominado *habeas corpus* para tutela da sua liberdade.

Remédio Constitucional (*writ*) que é posto ao alcance do cidadão para oferecer proteção suficiente à garantia do mínimo existencial é o direito de petição. O direito de petição nasce na Inglaterra através do *right of petition* – Rev. Inglesa, 1628. Em 1689, passa a compor o *Bill of Right*. Na França surge na Constituição francesa de 1791 e de 1793. Nas palavras de Robespierre (seção de 09 de maio de 1791 na Assembleia constituinte): *"O Direito de petição é o direito imprescritível de todo homem em sociedade. Os déspotas mais absolutos jamais ousaram recusar formalmente esse direito a quem eles chamavam seus súditos"*.

Nossa primeira Constituição de 1824 reconhecia expressamente o direito de petição no inciso XXX do art. 179: Todo o Cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expôr qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a competente Auctoridade a effectiva responsabilidade dos infractores (*sic*).

Na Constituição de 1988, o direito de petição vem expresso no art. 5º, XXXIV, *a*: é a todos assegurado, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder[168].

O exercício do direito de petição em matéria de mínimo existencial converte-se em remédio heroico de proteção à vida, podendo qualquer do povo encaminhá-lo aos órgãos de soberania em nome próprio ou de

terceiro, possuindo prioridade sobre toda apreciação executiva, legislativa e principalmente judicial (entendemos esta última via como a mais adequada para efetivar a garantia do mínimo existencial quando se afigura situação ameaçadora de lesão).

O mínimo existencial possui regime jurídico previsto na Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. Em seu art. 1º estabelece: A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os *mínimos sociais*, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

A teoria do mínimo existencial, na visão de muitos autores, encontra-se corretamente relacionada às condições de liberdade[169]. Sem a garantia do núcleo mínimo garantidor de sua existência o ser humano não exerce qualquer liberdade. Negar o mínimo existencial é negar o próprio direito à vida, pressuposto lógico do exercício de qualquer outro direito fundamental.

Qualquer cidadão possui legitimidade para buscar proteção judicial à sua vida ou de terceiro quando se apresentar quadro de ameaça de lesão. O princípio da solidariedade demanda que tal proteção se efetue em níveis substanciais.

Destarte, o argumento da *reserva do possível*[170] em matéria de mínimo existencial é falacioso e viola o sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais, pois aceitar o argumento de carência de recursos financeiros ou qualquer dificuldade institucional para proteção da vida significa condenar o indivíduo à morte. Um país que possui recursos suficientes para pagar a sua dívida externa, que se estrutura como Estado Federal Cooperativo, deve garantir o mínimo existencial a toda e qualquer pessoa humana que transite em seu território (nacional ou estrangeiro) como forma de concretização do princípio da solidariedade.

Nenhum juiz, participante de uma ordem jurídica justa e racional, seria capaz de negar tutela e efetiva proteção ao mínimo existencial referente ao direito à vida, pois negar tal proteção resultaria em verdadeira *sentença de morte*.

Ana Paula de Barcellos consegue perceber um convívio produtivo entre mínimo existencial e reserva do possível, mas ressalta, no mesmo sentido

que defendemos, que a reserva do possível somente é cabível depois de atingir o mínimo existencial, o que, em termos práticos, resulta em conclusão idêntica à que chegamos:

> *Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o* mínimo existencial*), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O* mínimo existencial*, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível*[171].

Vale destacar a importante advertência de Ricardo Lobo Torres, ao afirmar que os direitos sociais se transformam em mínimo existencial quando são tocados pelos interesses fundamentais ou pela jusfundamentalidade. A ideia de mínimo existencial, por conseguinte, se confunde com a de direitos fundamentais sociais *stricto sensu.* Os direitos fundamentais originários, ao contrário, são válidos e eficazes em sua dimensão máxima[172].

Apesar de discordar do pensamento de Ricardo Lobo Torres, expresso na citada obra, quando afirma que os direitos sociais não são fundamentais, senão numa parcela mínima e apenas para os que vivem em estado de pobreza, entendemos e louvamos o objetivo deste grande defensor dos direitos fundamentais, que é a busca pela efetividade dos direitos fundamentais sociais nas comunidades carentes. No entanto, para nós, os direitos sociais são fundamentais em sua dimensão tanto mínima quanto

máxima para todos os cidadãos (inclusive estrangeiros não residentes no país) que transitem em território nacional brasileiro.

A determinação do núcleo mínimo dos direitos fundamentais pode ser definido legislativamente, com ou sem critérios normativos ou sociopolíticos (exemplos: salário mínimo, ensino fundamental público e gratuito, moradia). Porém, apesar de expressamente positivados, os direitos fundamentais se constroem na realidade social de cada país e dependem, inegavelmente, do seu nível de desenvolvimento econômico. No Brasil já podemos afirmar que o mínimo existencial em termos de direito fundamental à educação pública e gratuita (direito público subjetivo – art. 208, § 1º da CRFB) não é mais o ensino fundamental e sim o ensino médio, administrativa, legislativa e judicialmente exigível, e futuramente o ensino universitário (atualmente fomentado através de políticas públicas que democratizam o acesso ao ensino universitário), tal perspectiva decorre das cláusulas de vedação de retrocesso social e do dever de otimização e de progresso dos direitos fundamentais, alcançando cada direito fundamental a sua dimensão máxima em termos de efetividade.

É no âmbito dessa dimensão máxima que se pode inserir o debate sobre a *reserva do possível* (*mutatus mutandis*), tanto em nível econômico, técnico-científico, institucional, quanto solidarista, onde todos os setores unidos pelos laços de solidariedade social buscam possibilitar a máxima efetividade dos direitos fundamentais. A criação (legislativa), execução (administrativa), controle (judicial) e fiscalização (Ministério Público, cidadãos) do orçamento público e a eficiência no gasto público representam a dimensão do economicamente possível no âmbito de proteção aos direitos fundamentais.

Na ADPF – 45[173] o STF trata do mínimo existencial e da reserva do possível:

> *(...) Notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades*

orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – 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 materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode 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.*

A garantia do mínimo existencial, embora esteja conectada mais diretamente ao direito à vida, deve ser compreendida também em relação a outros direitos fundamentais, a exemplo da moradia, lazer, educação, formação profissional, assistência médica, salário mínimo (este último já constitui mínimo existencial) etc.[174].

Afinal, como assevera Ana Paula Barcellos, para quem vive no absoluto desamparo e ignorância, a distância que o separa da dignidade, ainda que em seu conteúdo mínimo, é todo caminho de volta à sua própria humanidade[175].

O projeto político fundamental estabelecido no art. 3º da Constituição Federal de 1988 é dever de todas as instituições sociais e do próprio indivíduo imbuído do seu dever de solidariedade decorrente da divisão social do trabalho.

Interpretando sistematicamente o art. 5º, XLVII, *c*, da Constituição Federal, que proíbe a pena de trabalhos forçados, em face do princípio solidarista, percebemos a possibilidade de o Estado oferecer *obrigatoriamente* a *oportunidade* de desenvolvimento de atividades laborativas *remuneradas* no interior do cárcere, alternativamente ou cumulativamente com atividades profissionalizantes e/ou educacionais,

como forma de cumprir com seu dever solidarista e "ressocializador". Afinal, a proibição de trabalho forçado é de atribuir-lhe o caráter de pena, no que propomos, o trabalho deve ser escolha livre e orientada do indivíduo que cumpre pena privativa de liberdade. Em nossa concepção e de todos que se orientam pelo pensamento solidarista, trabalho não é pena, é dever decorrente do princípio constitucional da solidariedade, sua concretização. A prisão deixaria de ser a "escola do crime" para converter-se em "escola solidária de integração social".

A integração social (inserção do indivíduo ou grupo numa comunidade mais ampla) jamais ocorrerá no contexto de "marginalização" (termo oposto à socialização) que se encontra o atual sistema prisional brasileiro[176]. As penas transcendem a privação da liberdade alcançando a privação da dignidade humana – esta é a realidade nua e crua do atual Estado (In)Constitucional brasileiro. A universalidade, enquanto característica dos direitos fundamentais, se concretiza através da universalidade de acesso e fruição por parte de todo ser humano, homens ou mulheres, cidadãos livres ou limitados em sua liberdade, nacionais ou estrangeiros, residentes ou não residentes no país.

Não pode existir pena privativa da dignidade humana. Todos os cidadãos submetidos à pena privativa de liberdade devem ter seus direitos fundamentais básicos assegurados (saúde, educação, integridade física e psíquica, ressocialização) inclusive o direito fundamental a um local digno, e caso não se lhes ofereça tal local, cabe a qualquer do povo impetrar *Habeas Locus ou Habeas Dignitate ou Habeas Conditio Humanitate* (o nome pouco importa, importante é a fundamentalidade e abertura do instituto para que qualquer do povo possa propô-lo, em defesa de interesse próprio ou de terceiro)[177] – tal remédio constitucional decorreria do princípio constitucional da dignidade humana para tutela do direito fundamental a um local digno para cumprimento da pena privativa de liberdade.

Jamais se produzirá a redução da violência num contexto de "violência institucionalizada"[178].

Sociedade sem crimes jamais existirá. Entretanto, uma sociedade com respostas político-criminais sérias para as questões da violência e da criminalidade, não seria apenas possível, mas também realizável. Sua concretização encontra-se no novo constitucionalismo solidarista, pós-

social (afirmo pós-social por concretizar os direitos sociais por via específica que é a via solidarista), onde a sociedade livre, justa e solidária é chamada a intervir. Momento em que a precaução (políticas solidaristas) substitui a falaciosa prevenção geral e abstrata que a ameaça de pena produz.

As políticas públicas fundamentais de redução das desigualdades sociais e regionais, erradicação da pobreza e da marginalização, garantia do desenvolvimento nacional, construção de uma sociedade livre, justa e solidária, promoção do bem de todos (art. 3º da CRFB – norma jurídica do tipo política pública) constituem o marco constitucional determinante da atividade estatal e parâmetro de aferição de (in)constitucionalidade das políticas públicas infraconstitucionais.

A inconstitucionalidade por ação ou omissão decorrente do retrocesso e da ausência de progresso ou otimização de várias políticas públicas no Brasil (Fome Zero, Bolsa Família, Bolsa Escola etc.) dá-se no momento em que o Poder Público não percebe o significado da cláusula vedativa de retrocesso (o que já foi assegurado deve continuar sendo protegido em face das possibilidades fáticas e jurídicas) e da cláusula impositiva de progresso e otimização (as políticas públicas devem progredir para alcançar a máxima efetividade possível dos direitos fundamentais).

4.2. Jurisdição e realização dos direitos fundamentais

Na perspectiva neoconstitucionalista, o Poder Judiciário possui papel (cri)ativo[179]. Não existem questões insuscetíveis de apreciação judicial, quando está em lide algum direito fundamental e a apreciação de acordo com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, deve conduzir a processo decisório de efeito substancial, em que a concretização do direito fundamental lesionado ou ameaçado de lesão seja colocada sob o manto de proteção do Poder Judiciário, poder este capaz, em sede de controle de constitucionalidade tanto difuso quanto concentrado (STF), de impor aos demais Poderes os efeitos concretizadores das suas decisões.

O Judiciário, na perspicaz observação de Alexy, não exerce representação política, esta é exercida pelo parlamento e pelo Executivo. Ao Judiciário cabe a representação argumentativa do cidadão[180]. Os representantes

políticos se legitimam através do voto; os representantes argumentativos através da fundamentação racional construída discursivamente, num debate aberto e acessível ao povo, dos seus atos e decisões.

Adverte Alexy que a vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem os acontecimentos, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal estado de coisas não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político[181].

Assim, conforme ensina Dirley da Cunha Junior, a expansão do papel do Juiz é exigência da sociedade contemporânea, que tem dele reclamado, mais do que mera e passiva inanimada atividade de pronunciar as palavras da lei, um destacado dinamismo ou ativismo na efetivação dos preceitos constitucionais, em geral, e na defesa dos direitos fundamentais, em especial, frequentemente inviabilizados por inação dos órgãos de direção política[182].

São nas grandes crises que a Constituição atravessa suas maiores provações e percebe-se claramente o seu grau de força normativa. Deve-se buscar o equilíbrio hermenêutico necessário à transformação social através do Direito, oferecendo à sociedade o constitucionalismo convergente à realização dos direitos fundamentais.

Nossas vidas são oportunidades em que nossas escolhas determinam toda a nossa existência e aquilo que somos. As experiências que conquistamos através da arte, da leitura, dos laços de solidariedade, dos diálogos constantes entre nossas dúvidas e a busca constante por respostas nos ajudam a prosseguir com segurança.

Precisamos perceber e acreditar que o mundo construído na ideia de solidariedade não é apenas possível, é necessário.

4.3. Estratégias solidaristas de desenvolvimento

econômico e bem-estar social

A inserção da Constituição Federal como projeto estrutural fundamental de uma sociedade solidária, pluralista e sem preconceitos, num Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o *bem-estar*, o *desenvolvimento*, a igualdade e a justiça como valores supremos dessa mesma sociedade, demanda a existência de sistema constitucional que propicie a concretização desses valores.

O Direito Constitucional Econômico trata da disciplina jurídica que a ordem econômica (mundo do ser) recebeu da Lei Fundamental, passando essa parcela da ordem jurídica a denominar-se Constituição Econômica.

Para Vital Moreira, a Constituição Econômica é o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de determinado sistema econômico, instituem determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, determinada ordem econômica. Assim, para o citado autor, da Constituição Econômica de economia capitalista orientada fazem parte não só as normas que asseguram a propriedade e disposição privada dos meios de produção e outros direitos fundamentais econômicos (liberdade de empresa, liberdade de trabalho), mas também aquelas que determinam o papel do mercado e do Estado na orientação do processo econômico, aquelas que definem os princípios fundamentais da organização econômica *stricto sensu* (associações econômicas), das finanças do Estado, sob o ponto de vista da sua relevância econômica (constituição financeira), do estatuto da empresa nos seus aspectos externos e internos (constituição da empresa), da posição do trabalhador (constituição do trabalho)[183].

Ensina Josaphat Marinho que a Constituição Econômica traduz-se no *complexo de normas básicas reguladoras do fato econômico e das relações principais dele decorrentes*[184].

A proximidade entre os conceitos de ordem econômica (mundo do dever ser) e de Constituição Econômica é óbvia. Eros Roberto Grau afirma que, compreendendo a Constituição Econômica como conjunto de preceitos que institui determinada ordem econômica (mundo do ser) ou conjunto de princípios e regras essenciais ordenadoras da economia, é de se esperar que, como tal, opere a consagração de determinado sistema econômico. Cuida-se

de sistema afetado por determinado regime econômico, que se caracteriza numa moldura explicativa dos princípios da intervenção do Estado e da sua atuação financeira, tanto no plano das ideologias inspiradoras como nos das instituições de enquadramento[185].

O intervencionismo estatal teve seu ápice na Constituição de 1967, com as alterações que lhe foram feitas pela Emenda Constitucional n. 1 de 1969. A Constituição de 1988, porém, estruturou o regime constitucional de intervenção muito mais liberal do que o anteriormente vigente, adotando o sistema capitalista de economia descentralizada, baseada no livre mercado.

O modelo de Estado intervencionista do pós-guerra buscará o desenvolvimento econômico para poder realizar o bem-estar social, realidade presente na Constituição mexicana de 1917 e na alemã de 1919 (primeiras constituições a incorporar os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais). Ocorrem reflexos jurídicos[186] em razão dessa atuação estatal no domínio econômico, podendo-se citar as transformações nas estruturas política e econômica da sociedade. Temos como exemplo concreto dessa transformação (Estado Liberal – Estado Intervencionista) os Estados Unidos da América após a "grande depressão" de 1929.

No que se referem às normas constitucionais de conteúdo econômico, seus reflexos repercutem no direito positivo infraconstitucional. Tais repercussões traduzem-se na introdução de novos conceitos, na ordem jurídica, operando como princípios gerais, tais como a noção de *boa-fé objetiva*, a de *causa*, também, no sentido objetivo, o *dirigismo contratual* e a teoria do *abuso* de direito[187].

Já no preâmbulo da Lei Fundamental estabeleceu o poder constituinte originário o objetivo de instituir o Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos *direitos sociais e individuais*, a *liberdade*, a *segurança*, o *bem-estar*, o *desenvolvimento*, a *igualdade* e a *justiça* como valores supremos de uma *sociedade fraterna, pluralista* e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Prossegue o art. 1º estabelecendo como fundamentos da República Federativa do Brasil: 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.

O art. 3º preceitua como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e *solidária*; II – *garantir*

o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – *promover o bem de todos*, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Todos, objetivos conformadores do regime jurídico do bem-estar social.

Todos os direitos sociais como a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, previstos no art. 6º, bem como os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, previstos no art. 7º, compõem o supracitado regime.

O art. 170 funda a ordem econômica na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da *justiça social*, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – *propriedade privada*; III – *função social da propriedade*; IV – *livre concorrência*; V – *defesa do consumidor*; VI – *defesa do meio ambiente*, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.2003); VII – *redução das desigualdades regionais e sociais*; VIII – *busca do pleno emprego*.

O art. 170, VI, implica o desenvolvimento de ordem econômica sustentável, conforme preceitua o art. 225, artigo referente ao bem-estar ambiental.

O art. 174 prescreve que: como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. O § 1º do citado artigo estabelece que: a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do *desenvolvimento nacional equilibrado*, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. O § 3º determina que o Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a *promoção econômico-social* dos garimpeiros.

No que se refere à *Política Urbana* o art. 182 preceitua que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal,

conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o *pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade* e garantir o *bem-estar de seus habitantes*.

O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o *desenvolvimento equilibrado* do país e a servir aos *interesses da coletividade*, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram, conforme o art. 192.

Por fim, estando caracterizadas muitas das normas constitucionais de conteúdo econômico que compõem o regime jurídico do bem-estar social e do desenvolvimento econômico, apesar de terem suas particularidades, eles mais se interpenetram do que se separam. Tal fato nos leva a concluir pela existência de regime único, havendo uma vinculação necessária entre desenvolvimento econômico e bem-estar social.

A legitimidade da ordem econômica e, por consequência, do superávit primário mínimo[188] (receitas menos despesas, sem considerar o pagamento de juros), com vistas à realização do bem-estar social e do desenvolvimento econômico, possui orientação axiológica. A manutenção do superávit não poderá afetar a adequada e necessária prestação dos serviços públicos essenciais.

Essa orientação axiológica nada mais é do que os valores fundamentais estabelecidos na Constituição conformadores das ordens econômica e social, e que vincula tanto a intervenção estatal na ordem econômica quanto o setor privado na condução dos seus negócios jurídicos e no exercício do direito de propriedade com vistas à concretização do Estado Constitucional Solidarista.

O Brasil iniciou 2008 com recursos suficientes para pagar toda sua dívida externa. O Plano Plurianual (PPA) 2008-2011 terá como prioridade o setor de educação e a distribuição de renda. A informação foi dada pelo ministro do Planejamento, Paulo Bernardo, que afirmou também que o orçamento para 2008 aumenta em mais de R$ 4,7 bilhões os investimentos na área social.

O Banco Central anunciou em 21 de fevereiro de 2008 que o Brasil possuía US$ 187,5 bilhões em ativos. Com isso, seria possível pagar a dívida e ainda sobrariam US$ 4 bilhões.

Pensamos ser mais lucrativo e constitucionalmente mais adequado o país investir suas reservas no setor social e produtivo, garantindo maior desenvolvimento e qualidade de vida da nossa população, principalmente da população carente, que, por longo período da sua história, vem suportando o ônus decorrente do fato de sermos o país mais desigual dentro do continente mais desigual do mundo.

Os investimentos devem superar as propostas "fraternalistas" a exemplo de programas como o *Bolsa Família*[189], fazendo com que o povo brasileiro alcance sua dignidade e realize a sua função solidária, contribuindo diretamente para o desenvolvimento do país através da divisão social do trabalho. Penso que é chegado o momento de afirmarmos, como o fez a Constituição portuguesa, o direito fundamental ao trabalho. Assim, concretizando o direito fundamental ao trabalho, alcançaremos grande parte das promessas constitucionais ainda não cumpridas, conferindo maior legitimidade às políticas públicas estatais.

Ainda sobre a legitimidade, não podemos ignorar a lição de Manoel Jorge e Silva Neto ao tratar do planejamento em sua obra *Direito Constitucional Econômico*: "será imprescindível considerar o planejamento econômico em sua bimembridade constituinte: é resultado da opção política do governo em face da conjuntura econômica, mas não poderá ser aceito como mito pela sociedade se se distanciar excessivamente dos desígnios da comunidade em tema de condução da economia" e diz que: "para ser considerado um mito, o planejamento econômico terá de obter um nível de consensualidade bastante elevado em torno de suas diretrizes"[190]. Portanto, a legitimidade da ordem econômica também se fundamenta no consenso que deve existir em torno dos seus valores fundamentais.

Canotilho afirma que a Constituição confere legitimidade à ordem política e dá legitimação aos respectivos titulares do poder político. Precisamente por isso se diz que a Constituição se assume como *estatuto jurídico do político* (Castanheira Neves) num duplo sentido – o da legitimidade e da legitimação. O esforço de constituir a ordem política segundo *princípios justos* consagrados na Constituição confere a esta ordem indispensável bondade material (legitimidade) e ao vincular juridicamente os titulares do poder, *justifica* o poder de "mando", de "governo", de "autoridade" destes titulares (legitimação)[191].

Quando a lei constitucional logra obter *validade* como ordem justa e

aceitação, por parte da coletividade, da sua "bondade intrínseca", diz-se que a Constituição tem *legitimidade*[192].

A legitimidade, porém, não reside simplesmente no consenso, tampouco na sua bondade intrínseca, ela também reside na sua efetividade e na realização do que Renato Alessi denomina interesse público primário[193], compreendido, em nosso entendimento, pela soma dos interesses individuais vinculados ao ideal solidarista.

A livre-iniciativa encontra sua disciplina jurídico-constitucional de forma ampla nos espaços normativos referentes à liberdade, especificamente nos arts. 5º, II, VI, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XX, e 206, II, da CRFB. Portanto, ela não se reduz, como aponta Eros Roberto Grau, a *liberdade econômica* ou *liberdade de iniciativa econômica*[194].

A liberdade de iniciativa econômica é liberdade pública precisamente ao expressar *não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei*; esquece a doutrina de completar o entendimento: senão em virtude da lei conforme a Constituição, mais precisamente em conformidade com os valores que compõem o arbítrio conformador do Estado Constitucional Solidarista.

Nesse sentido, cite-se o acórdão lavrado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 319-4 – Distrito Federal:

> *Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, que dispõe sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares e dá outras providências. – Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros. – Não é, pois, inconstitucional a Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, pelo só fato de ela dispor sobre critérios de reajuste das mensalidades das escolas particulares.*

Considera a presente decisão a livre iniciativa como valor constitucionalmente conformado pelos demais valores fundamentais que integram a ordem econômica, como a justiça social e a redução das desigualdades sociais, percorrendo o caminho que lhe traça o regime

jurídico constitucional de bem-estar social e desenvolvimento econômico, aproximando-o do pensamento solidarista.

Não foi outro o entendimento adotado, que não o de conciliar a ordem econômica com a ordem social, buscando a vinculação recíproca entre elas, chegando a tratar especificamente dos *valores sociais da livre iniciativa*.

Aqui se percebe claramente o quanto se torna importante a identificação do regime jurídico constitucional de bem-estar social e desenvolvimento econômico, pois são os valores fundamentais que compõem esse regime que conformarão não só a atividade estatal, mas também e principalmente a atividade econômica desenvolvida pelos particulares, traduzindo-se em exemplo claro de eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

O planejamento qualifica a intervenção do Estado *sobre* e *no* domínio econômico, na medida em que esta, quando consequente ao prévio exercício dele, resulta mais racional[195].

A *planificação* se caracteriza por processo de intervenção sistemática do Estado no domínio econômico, no qual não existe a figura da liberdade de mercado. A planificação econômica pressupõe a inexistência de mercado, a exemplo da ex-URSS.

Já o *planejamento* é modalidade de intervenção indireta do Estado no domínio econômico que se opera por meio da indução dos agentes privados à obediência à normativa econômica[196].

O que de mais importante a Constituição estabelece para o planejamento econômico é o seguinte: *como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este* determinante *para o setor público e* indicativo *para o setor privado. A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento* (art. 174, *caput* e § 1º).

Essa "indicatividade" não se traduz em mero conselho, pois é norma com *status* constitucional, devendo, portanto, ser interpretada como norma constitucional de conteúdo econômico e inserida dentro do regime jurídico constitucional do bem-estar social e do desenvolvimento econômico.

Grande passo nesse sentido foi dado por Miguel Reale, ao afirmar que o *princípio da indicatividade* estatuído no art. 174 da CRFB não se trata de

indicação irrelevante ou sem consequências. Ela traduz rumo preferencial de ação que não pode deixar de ser levado em conta pelos empresários ao assumirem os riscos de uma operação à margem do plano oficial, não podendo contar, por exemplo, com os incentivos criados pelo Estado para fins de desenvolvimento[197].

O planejamento é instrumento de racionalização que o Estado dispõe para intervenção na ordem econômica, axiologicamente orientado pelos ditames fundamentais conducentes à realização do desenvolvimento e do bem-estar social, que nesse aspecto indica e determina de forma direta as atividades do setor privado.

Existe relação de eficácia horizontal entre o setor privado e os direitos fundamentais, o que nos leva a crer que o planejamento econômico só é indicativo para o setor privado quanto aos *meios* e às *técnicas* dispostos pelo Estado para consecução de determinados objetivos. Quando esses objetivos traduzem-se em direitos fundamentais, eles também vinculam os particulares em suas respectivas atividades.

Para que tal mudança ocorra, é importante que o setor público tome consciência desta possibilidade e estabeleça um planejamento específico para o setor privado ligado à efetividade dos direitos fundamentais, trabalhando com normas de direito premial[198] (incentivos fiscais, subvenções, parcerias público-privadas etc.), buscando conciliar o direito fundamental de propriedade como sua função social e solidarista.

É com fundamento no pensamento solidarista, e nos dispositivos constitucionais relativos à solidariedade e à justiça social, observados em diversas passagens da Lei Fundamental, mas principalmente naquilo que se identifica como regime jurídico-constitucional do bem-estar social e do desenvolvimento econômico, que devemos promover a *releitura do princípio da indicatividade dos planos*.

Objetivando a concretização desse regime é que o presente tópico visa a oferecer a sua contribuição para a realização da Constituição e concretização do pensamento solidarista.

Afinal, como Duguit já afirmara, todo indivíduo tem a obrigação de cumprir na sociedade certa função em razão direta do lugar que ocupa. O possuidor da riqueza pode realizar trabalho, que em função dessa riqueza, só ele pode realizar. Só ele pode aumentar a riqueza geral fazendo valer o capital que possui. Está socialmente obrigado a realizar essa tarefa. *A*

propriedade não é o direito subjetivo do proprietário; é a função social do possuidor da riqueza. O direito positivo não protege o pretendido direito subjetivo do proprietário; mas garante a liberdade do possuidor da riqueza para cumprir a função social que lhe incumbe pelo fato mesmo dessa posse, podendo-se dizer que a propriedade se socializa[199].

5. Considerações finais

Sociedades de grande escala, especializadas numa complexa divisão do trabalho social e criadas numa cultura solidarista, estabelecem a comunidade na qual os indivíduos podem descobrir a textura da vida moral, compreender a verdadeira solidariedade ou transcender a anomia do individualismo sem essência, em que se faz presente a seguinte máxima kantiana: *"Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente, como fim e nunca simplesmente como meio"*[200].

O Estado Constitucional Solidarista é aquele racionalmente organizado para realizar os objetivos e direitos fundamentais, protegendo os seus cidadãos de toda e qualquer lesão ou ameaça a tais direitos e objetivos inseridos em seu projeto político fundamental denominado Constituição.

As perspectivas e novas propostas para o Estado Constitucional Solidarista encontram-se na nova dinâmica de concretizar os direitos fundamentais pela via solidarista, de reafirmar sob novas bases o pacto federativo de índole cooperativa, aproximar o direito da ideia de justiça, oferecendo novos mecanismos de redução das desigualdades sociais e regionais.

Favorecendo a realização do objetivo fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária, numa realidade pluralista que caminha em direção ao novo constitucionalismo, aproximando as comunidades carentes da afirmação da sua cidadania solidária, efetivando os direitos fundamentais, conferindo ampla proteção às minorias, estaremos proporcionando as novas bases de construção do Estado Constitucional Solidarista.

Percebendo que é a condição humana o móvel do Estado Constitucional Contemporâneo, encerramos o presente estudo com os versos de John

Donne: *Homem nenhum é uma ilha de si mesmo; cada um é uma peça do continente, uma parte do todo: a morte de qualquer homem me diminui porque faço parte da humanidade e, assim, nunca mandes perguntar por quem os sinos dobram, eles dobram por ti*[201].

E sendo o ser humano o móvel do constitucionalismo contemporâneo, o Direito Constitucional Organizatório, a Teoria do Estado e a Jurisdição Constitucional constituem, numa ótica plural, aberta e humanista, a dimensão institucional-instrumental-possibilista de concretização dos direitos humanos e fundamentais no Estado Constitucional Solidarista.

Referências

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Milano: Giuf-frè, 1960.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica:* a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2005.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais.* Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ARNAUD, Jean. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do Direito.* Tradução Patrice Charles, F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ÁVILA, Fernando Bastos de. *Solidarismo* – Alternativa para a globalização. São Paulo: Santuário, 1997.

AZEVEDO, Oldemar. *Soberania (noções e fundamento).* São Paulo: Lex, 1958.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo.* São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função* – Novos estudos de teoria do direito. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BODIN, Jean. *Les six livres de la république*, Chez Jacques du Puis

Libraire Iuré, à la Samaritaine, avec du Roy, Paris, 1583.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRITO, Edvaldo. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. Aspectos da tutela da concorrência no Estado dualista. In: MARTINS, Ives Gandra; NALINI, José Renato (Org.). *Dimensões do direito contemporâneo*: estudos em homenagem a Geraldo de Camargo Vidigal. São Paulo: IOB, 2001.

BURDEAU, Georges. *Traité de science politique.* 2. ed. Paris: LGDJ, 1969. Tomo IV.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *"Brancosos" e interconstitucionalidade* – Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

CORTINA, Adela. *Ética e cidade cosmopolita*. Tradução Cláudio Molz. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. *Direito e legitimidade.* São Paulo: Landy, 2003.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público*: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Curso de direito constitucional.* Salvador: Podivm, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado.* 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

DERRIDA, Jaques. *Politiques de l'amitié*. Paris: Galilée,1994.

DONNE, John. *Devotions upon emergent occasions*. Michigan: Michigan University, 1959.

DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Éditeurs E. de Boccard, 1930. Tomo III.

_____. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

_____. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*. Paris: Albert Fontemoing, 1901.

_____. *Manual de derecho constitucional.* Tradução José G. Acuña.

Granada: Comares, 2005.

_____. *Fundamentos do direito.* Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

_____. *Soberania y libertad*. Tradução e prólogo: José G. Acuña. Madrid: Francisco Beltran, 1924.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social.* Tradução Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DUVIGNAUD, Jean. *Solidariedade* – Laços de sangue e laços de razão. Tradução Vasco Casimiro. Lisboa: Piaget, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Harvard: Harvard University Press, 1978.

_____. *O império do Direito.* Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

E. *Ehrlich*. *Grundlegung der Soziologie des Rechts.* München u. Leipzig: [s.e.], 1913.

FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues. *Globalização, Mercosul e crise do Estado-Nação* – Perspectivas para o Direito numa sociedade em mudança. São Paulo: LTr, 1997.

GAMBARO, Carlos Maria. Globalização das economias – Análise do pensamento de Guy Sormon. *Revista de Direito Constitucional e Internacional.* Ano 8, n. 33, São Paulo, RT, 2000.

GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada.* São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução Raul Filker. São Paulo: UNESP, 1991.

GIUFFRÈ, Felice. *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*. Milano: Giuffrè, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (Interpretação e crítica). 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

GURVITCH, Georges. *La vocation actuelle de la sociologie. Antécédents et perspectives*. 2. ed. Paris: Presses Universitaires. 1963. Tomo I.

HABERMAS, Jürgen. *Sobre a legitimação pelos direitos humanos*. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. *Direito e legitimidade.* São Paulo: Landy, 2003.

HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo.* Tradução Marcos

Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HERTZ, Noreena. *The silent takeover* – Global capitalism and the death of democracy. New York: Harper, 2003.

HOBBES, Thomas. *Leviatán.* Tradução Antônio Escohotado. Madrid: Nacional, 1983.

JASPERS, Karl. *Introdução ao pensamento filosófico*. Tradução Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Soberania e mercado mundial* – A crise jurídica das economias nacionais. 2. ed. São Paulo: Editora de Direito, 1999.

LE FUR, Louis. *État Federal et Confédération d'États.* Paris: Marchal et Billard, 1896.

LOCKE, John. *Ensayo sobre el gobierno civil.* Tradução Amando Lázaro. Madrid: Ed. Aguilar, 1969.

LOEWENSTEIN, Karl. *Political power and the governmental process.* Chicago: University of Chicago Press, 1957.

MARINHO, Josaphat. Constituição Econômica. Separata de *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo, n. 156, 1984.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MELLO, Rafael Munhoz de. Características essenciais do federalismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional.* São Paulo. RT, n. 4, 2002.

MONTERIO, Yara Darcy Police. Partilha de competência na Constituição de 1988. Normas gerais: Características e elementos configuradores. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política – 21*. São Paulo, RT, 1999.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, baron de. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin. *O princípio da solidariedade.* Rio de Janeiro: Volume comemorativo do 60º Aniversário do Departamento de Direito da PUC-Rio.

MOREIRA DE PAULA, Jônatas Luiz. *A jurisdição como elemento de inclusão social:* revitalizando as regras do jogo democrático. São Paulo: Manole, 2002.

MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição:* para o conceito de Constituição Econômica. Coimbra: Faculdade de Direito, 1974.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Teoria e interpretação dos direitos humanos nacionais e internacionais – Especialmente na ótica da Teoria Estruturante do Direito. In: CLÈVE, Clemerson Merlin *et al* (Org.). *Direitos humanos e democracia.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. Direito fundamental à saúde. In: *Tratado de Direito Constitucional. (*no prelo*).*

NICOLET, Claude. *L'idée republicaine en France* (1789-1824). Broché: Gallimard, 1995.

NUNES, Antonio Jose Avelãs. *Constituição europeia* – Constitucionalização do neoliberismo. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. Constitucionalismo multinível. *Revista do Programa de Pós-graduação – Mestrado e Doutorado da UFBA*. n. 14. Salvador: UFBA, 2007.

_____. Repensando o Estado Constitucional; controle judicial de políticas públicas através da proibição do retrocesso, inexistência, extinção e deficiência. *Revista Brasileira de Direito Administrativo*, n. 29. Belo Horizonte, Forum, 2010.

_____. Existe uma teoria geral do processo? In: DIDIER, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.) *Teoria do processo* – Panorama doutrinário mundial. Salvador: Podivm, 2007.

_____. *Os direitos fundamentais e o Estado solidarista* (no prelo).

PISIER, Evelyne. *História das ideias políticas.* Tradução Maria Alice Farah Calil. Barueri: Manole, 2004.

PORTELA, Eduardo Viana. Bem jurídico-penal e sua (*necessária?*) conformidade constitucional. Artigo cedido pelo autor (no prelo).

POSADA, Adolfo . *La idea pura del Estado.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935.

_____. *La crisis del Estado y el derecho político.* Madrid: C. Bermejo,

1934.

RAWLS, John. *The law of peoples.* Harvard: Harvard University Press, 2001.

_____. *Uma teoria da justiça*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito de ideologias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIBEIRO, Maria de Fátima. O euro e as perspectivas de implantação de uma moeda única no MERCOSUL. *Revista de Direito Constitucional e Internacional.* Ano 80, n. 31, São Paulo, RT, 2000.

ROSATTI, Horacio Daniel. Teorías sobre el origen y justificación del Estado. *Revista de Direito Constitucional e Internacional.* São Paulo, RT, n. 35, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social.* São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos* versus *interesses privados:* desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de direito constitucional.* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 1999.

_____. *Direito constitucional econômico.* São Paulo: LTr, 2001.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Direito, justiça e princípios constitucionais.* Salvador: Juspodivm, 2008.

TEIXEIRA, Carla Noura. A Constituição europeia: perspectivas e reflexões sobre o processo de integração regional europeu. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* – n. 53. São Paulo, RT, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TREVES, Renato. *Sociologia do direito.* Tradução Marcelo Branchini. Barueri: Manole, 2004.

ULLMANN, Reinholdo; BOHNEN, Aloysio. *O solidarismo.* São Leopoldo: Unisinos, 1993.

VANONI, Ezio. *Opere giuridiche,* Milano: Giuffrè, 1962. v. II.

VIEIRA, José Ribas (Org.). *A Constituição europeia* – O projeto de uma nova teoria constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VISSCHER, Charles. *Teorias y realidades en derecho internacional público*. Barcelona: Bosch, 1962.

WALZER, Michael. *Thick and Thin.* Notre Dame: Notre Dame Press, 1996.

WILSON, David de Abreu Prado. Caminhos do constitucionalismo no Ocidente: modernidade, pós-modernidade e atualidade do direito constitucional. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano 7, n. 28, São Paulo, RT, 1999.

1 Professor Assistente de Direito Constitucional da UESC. Pesquisador e Líder do Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos e Fundamentais da Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC), linha de pesquisa: Teoria Contemporânea dos Direitos Fundamentais. Mestre em Direito Público pela UFBA. Especialista em Direito do Estado pela FVC e Graduado em Direito pela UESB. Professor Convidado nas pós-graduações da UFBA, UESB, LFG, FAINOR e Juspodivm. Professor de Direito Constitucional da UESC e da FAINOR – Vitória da Conquista. Sócio-membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional.

2 Para maior compreensão da diferença entre setor e domínio normativo ver: MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

3 Em nossa concepção, a distinção entre direitos fundamentais e humanos encontra-se apenas na maior amplitude destes últimos em virtude de maior espaço territorial de aplicação. Os direitos humanos abrangem mais de uma comunidade política (vários países através de Tratados Internacionais), são universalizáveis e constituem a via de integração entre as mais diversas culturas e de construção de uma ética universal. Os direitos fundamentais dependem das escolhas constitucionais de um único país (ex.: décimo terceiro salário – direito fundamental social trabalhista por escolha do legislador constituinte brasileiro) e constituem a marca cultural indelével do seu povo. O conflito entre direito humano (incorporado ao ordenamento jurídico através de Tratado Internacional) e direito fundamental (presente na Constituição) deve orientar-se pelo princípio da melhor proteção (prevalece aquele que, concretamente, realiza ou fomenta, de maneira otimizada, a proteção ao bem jurídico que se busca efetivar).

4 Para estudo mais profundo do pensamento solidarista ver nosso: *Estado Constitucional Solidarista* – pensamento solidarista e concretização constitucional. Dissertação de Mestrado defendida no programa de pós-graduação da Universidade Federal da Bahia em março de 2008. Versão revista e ampliada, analisando as novas conquistas do constitucionalismo contemporâneo, encontra-se em vias de publicação.

5 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 97.

6 Aristóteles, em *Igualdade e justiça*, Montesquieu, na *Separação dos poderes*, J.J. Rousseau, em *O contrato social*, e Kant, em *Dignidade humana*, J. Rawls, em *Justiça*, e H. Jonas, no *Princípio de responsabilidade*. Esses textos, pelos maiores pensadores, compreendem o desenvolvimento da ideia de Estado Constitucional. Nesse sentido: HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional.* Primeira parte.

7 Parafraseando Peter Häberle. *Estado Constitucional Cooperativo.* Tradução Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 5.

8 HOBBES, Thomas. *Leviatán.* Tradução Antônio Escohotado. Madrid: Nacional, 1983. p. 223 *et. seq.*

9 Nesse sentido: ROSATTI, Horacio Daniel. Teorías sobre el origen y justificación del Estado. *Revista de Direito Constitucional e Internacional.* São Paulo, RT, n. 35, 2001, p. 55.

10 LOCKE, John. *Ensayo sobre el gobierno civil.* Tradução Amando Lázaro. Madrid: Aguilar, 1969. p. 5.

11 *Idem*, *Ibidem*, p. 73 *et seq.*

12 *Idem*, *Ibidem*, Capítulo XVIII (“De la tiranía”), p. 155.

13 Originariamente Rousseau percebe dois tipos de desigualdade: a primeira, natural ou física, decorre da diferença de idade, da saúde, das forças do corpo ou qualidades do espírito, esta não lhe interessa em nada; a segunda, moral ou política, parece estar estabelecida com o consentimento dos homens, após uma espécie de convenção, e é a única que merece que sejam descritos a sua origem e seu processo. Nesse sentido: PISIER, Evelyne. *História das ideias políticas.* Tradução Maria Alice Farah Calil. Barueri: Manole, 2004. p. 82.

14 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social.* São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 6.

15 Conforme Pisier, interpretando Rousseau: A vontade geral dá a vida ao corpo político: a soberania é o seu exercício, e a legislação, seu movimento. *Op. cit.* p. 86.

16 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, baron de. *O espírito das leis*, Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005. As ideias de Montesquieu, expressas no Livro XI, sobre as funções de legislar, administrar o Estado e aplicar as leis, já se faziam presentes em Aristóteles e Locke. O que ele trouxe de novidade foi a execução destas três funções por órgãos distintos, como forma de evitar abuso do poder, através da desconcentração do poder num único órgão.

17 *Apud*: MORAES, Maria Celina Bodin. *O princípio da solidariedade.* Rio de Janeiro: Volume comemorativo do 60º aniversário do Departamento de Direito da PUC-Rio, p. 5.

18 Teoria dos quatro *status* de Jellinek (*Teoría General del Estado,* p. 306 *et seq*): Negativo (fazer tudo que a lei não proíbe); Positivo (exigir do Estado aquilo a que está obrigado); Ativo (participar das ações do Estado); Passivo (acatar as ações do Estado). Tese que também é seguida por José Carlos Vieira de Andrade em relação aos direitos fundamentais: Direitos de defesa; Diretos a uma prestação; Direitos de participação.

19 Nesse sentido: SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de direito constitucional.* 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 56.

20 POSADA, Adolfo . *La idea pura del Estado.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935. p. 11 *et seq.*

21 Nesse sentido, Claude Nicolet, em *L'Idée republicaine en France (1789-1824)* (Broché: Gallimard, 1995), afirma que a república não se constitui em se deixar governar por um 'dono', uma 'casta' e, a *fortiori*, um 'Estado diferenciado'. A República é povo que governa a si próprio. p. 398 *et seq.*

22 Ver nosso: *Os direitos fundamentais e o Estado Solidarista* (no prelo). Neste estudo propomos novo modelo de concretização dos direitos fundamentais, passando pelo pensamento solidarista e apontando caminhos para a máxima efetividade do sistema constitucional de proteção de tais direitos.

23 OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. Repensando o Estado Constitucional: controle judicial de políticas públicas através da proibição de retrocesso, inexistência, extinção e deficiência. *Revista Brasileira de Direito Administrativo, n. 29.* Belo Horizonte: Forum, 2010. Políticas públicas são mandamentos finalísticos, normas jurídicas que estabelecem ou fomentam metas, objetivos, fins ou programas a serem cumpridos processualmente no futuro, já determinando um comportamento presente e/ou desencadeando uma ação inicial que culminará no objetivo final proposto pelo seu enunciado textual (programa normativo). Exemplo: art. 3º da Constituição Federal – objetivos fundamentais.

24 "I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

25 Sobre os deveres de otimização: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008; Sobre os deveres de progresso e proibição de retrocesso: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

26 O dever de progresso tem como ponto de partida o núcleo essencial mínimo intangível dos direitos fundamentais. Daí afirmarmos que o dever de progresso aplica-se além desse conteúdo mínimo existencial. Como exemplo podemos afirmar a existência de um direito fundamental à educação superior, gratuito para pessoas de baixa renda (políticas públicas com oferecimento de bolsa integral) e subsidiado para indivíduos de médio poder aquisitivo (políticas públicas de financiamento e bolsas parciais conforme a capacidade econômico-finaceira individual e/ou familiar). Importante observar que, mesmo diante da mais grave crise econômica, o núcleo essencial mínimo do direito fundamental à educação, em seu nível fundamental e médio, continuará intangível, pois a violação à garantia do mínimo existencial educacional constitui grave ofensa à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial não se aplica a reserva do possível, conforme veremos mais adiante, ao tratar do tema na análise da ADPF – 45, julgada pelo Supremo Tribunal Federal. O dever de progresso impõe às políticas de mínimo existencial a sua gradual redução de usuários: quem ingressa no programa "Bolsa Família" deve ser inserido num programa ou política pública de acesso ao emprego e renda para não mais necessitar daquele amparo social mínimo (nota do autor).

27 ARNAUD, Jean. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito.* Tradução Patrice Charles, F. X. Willlaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 769.

28 *Ibidem*, p. 766.

29 Nesse sentido: ARNAUD, Jean. *Op. cit*., p. 767.

30 DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social.* Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 34.

31 *Ibidem*, p. 50.

32 TREVES, Renato. *Sociologia do direito.* Tradução. Marcelo Branchini. São Paulo: Manole, 2004. p. 57.

33 *Da divisão do trabalho social.* p. 36. Durkheim não admite a existência de direito

privado, acredita que todo direito é público, porque todo direito é social. Todas as funções da sociedade são sociais (*Op. cit.,* p. 103).

34 *Ibidem*, p. 37.

35 *Ibidem*, Capítulo II, p. 76-78.

36 *Ibidem*, p. 80.

37 DURKHEIM, Émile. *Op. cit*., p. 98.

38 *Ibidem*, p. 99.

39 *Ibidem*, p. 429.

40 GURVITCH, Georges. *La vocation actuelle de la Sociologie. Antécédents et Perspectives*. Paris: Presses Universitaires. 2. ed. 1963. Tomo I, p. 2 *et seq*.

41 Apesar de Durkheim se interessar pelo fenômeno jurídico, está bastante próximo do pensamento sociológico de Comte – todo empenhado no estudo do problema do *consensus* – muito distante das concepções individualistas e contratualistas de Spencer, a quem Durkheim dirige muitas das suas críticas. Nesse sentido: Renato Treves: *Sociologia del diritto,* p. 60; R. Aron: *Les étapes de la pensée sociologique,* p. 372 *et seq*; J. Davignaud, F. Farrarotti e A. Izzo, *Individuo e società in Durkheim.*

42 Pensamento presente em 1891, com a promulgação da *Rerum novarum.* Leão XIII inaugura nova época para a doutrina social cristã, fundadas sobre três pilares: justiça, amor e solidariedade. Justiça, porque ela expressa o direito básico de todo homem para o seu desenvolvimento; amor, porque ele recria as forças interiores para o exercício das virtudes; solidariedade, porque, fruto da justiça e do amor, ela impele para a doação desinteressada (ULLMANN, Reinholdo; BOHNEN, Aloysio. *O solidarismo.* São Leopoldo: Unisinos, 1993. p. 159).

43 Para melhor compreensão do solidarismo cristão ver: Reinholdo Ullmann e Pe. Aloysio Bohnen: *O solidarismo*; Pe. Fernando Bastos de Ávila: *Solidarismo* – Alternativa para a globalização.

44 DERRIDA, Jaques. *Politiques de l'amitié*. Paris: Galilée, 1994.

45 DUVIGNAUD, Jean. *Solidariedade* – laços de sangue e laços de razão. Tradução Vasco Casimiro. Lisboa: Piaget, 1986. p. 92

46 GASPARI, Elio. *A ditadura escancarada.* São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

47 Op. cit., p. 93.

48 DUGUIT, Léon. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive.* Paris: Albert Fontemoing Éditeur, 1901. p. 226.

49 Op. cit. p. 259.

50 Cf.: TREVES, Renato. *Sociología del Diritto.* p. 131; DUGUIT, Léon. *Traité...* . p. VII.

51 POSADA, Adolfo. *La crisis del Estado y el derecho político.* Madrid: C. Bermejo, 1934. p. 25: "sumergido en el derecho, y más ceñido al hombre" se defiende una Política y un Derecho político *de contenido social*, de cimentación histórica y realista, pero volcados hacia el ideal y las exigencias éticas.

52 Nesse sentido: *Pérez,* José Luis Monero e *Gonzáles,* José Calvo. La teoría jurídica de León Duguit. In: DUGUIT, Léon. *Manual de derecho constitucional.* Tradução José G. Acuña. Granada: Comares, 2005. Estudio preliminar, p. XLII.

53 Adolfo Posada, em boa medida, foi um dos introdutores do pensamento "deguitiano" na Espanha.

54 *La idea pura del Estado.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935.

55 *Pérez,* José Luis Monero e *Gonzáles,* José Calvo. La teoría jurídica de León Duguit, p. XLIX.

56 *L´État, le droit objectif et la loi positive*. Paris: Albert Fontemoing, 1901. p. 80.

57 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1315-1316.

58 DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Éditeurs E. de Boccard, 1930. p. 640.

59 VANONI, Ezio. *Opere giuridiche*. Milano: Giuffrè, 1962. p. 475, vol II. No mesmo sentido, Felice Giuffrè, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale* (Milano: Giuffrè, 2002. p. 1): "o estudo dos princípios fundamentais da Constituição permanece sempre atual, pois eles parecem representar, se não a dogmática política do Estado ou o ceticismo político do cidadão, ao menos a fisionomia sintética da instituição soberana, portanto a organização essencial das relações entre cidadãos e o Estado" citando G. Dossetti nos trabalhos preparatórios da Assembleia Constituinte italiana.

60 Referido no texto: *Diversidade religiosa e direitos humanos.* Secretaria Especial dos Direitos Humanos – Governo Federal – Presidência da República.

61 Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma *sociedade fraterna*, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

62 Cf.: E. Ehrlich, em prefácio de seu *Grundlegung der Soziologie des Rechts (*München u. Leipzig: [s.e.], 1913. p. 3), afirma: "Nos tempos atuais, como em qualquer outra época, o centro de gravidade do desenvolvimento do direito não se situa nem na legislação, nem na ciência jurídica, nem tampouco na jurisprudência, porém na própria sociedade".

63 *Fundamentos do direito*. p. 11 *et seq*; *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Éditeurs E. de Boccard, 1930. p. 640.

64 DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Cit., p. 642

65 *Ibidem,* p. 643.

66 *Op. cit. p.* 645. Conclui Duguit: se o indivíduo tem o dever de trabalhar, de se instruir, o Estado deve garantir a todos um mínimo de instrução gratuita e deve enfrentar o problema do desemprego. Se o indivíduo tem ainda o direito à assistência, o Estado deve intervir para lhe proporcionar esta assistência.

67 "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza garantindo-se *aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país* a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:"

68 SILVA NETO, Manoel Jorge. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 1999. p. 37.

69 *Ibidem*, p. 39.

70 SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Direito, justiça e princípios constitucionais.* Salvador: Juspodivm, 2008.

71 No mesmo sentido: "Meio ambiente – Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225) – Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade – Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade". ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 03/02/06. No mesmo entendimento: RE 134.297, 22/09/95.

72 Dentre as possíveis dimensões dos direitos fundamentais podemos destacar: espacial, temporal, eficacial, procedimental, institucional, discursiva, positiva, negativa, ativa, passiva, axiológica, ontológica, deontológica, teleológica, filosófica e existencial.

73 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2005. p. 19 *et seq.*

74 *Ibidem*, p. 21.

75 MONTERIO, Yara Darcy Police. Partilha de competência na Constituição de 1988.

Normas gerais: Características e elementos configuradores. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política – 21*. São Paulo, RT, 1999, p. 148.

76 LE FUR, Louis. *État Federal et Confédération d'États.* Paris: Marchal et Billard, 1896. p. 679. Com relação às comunidades locais afirmará: "elles son appelées à prendre part à la volonté de l'État, participant ainsi à la substance même de la souveraineté fédérale".

77 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 573.

78 *Ibidem*, p. 943 e 944.

79 Não devemos confundir União (ente da federação) responsável em matéria legislativa pelas *Leis Federais* (ex. Lei 8.112/90 – Estatuto dos Servidores Públicos Federais; Lei dos Juizados Especiais Federais etc.) com a República Federativa do Brasil (Estado Federal) responsável em matéria legislativa pelas *Leis Nacionais* (ex. Código Civil, Código Penal, Estatuto do Idoso, Estatuto da Criança e do Adolescente etc.). Muitos confundem devido ao fato de tanto a União quanto o Estado Federal possuírem o mesmo órgão legislativo (Congresso Nacional). Tecnicamente, a distinção se justifica.

80 Relembrando que, na concepção solidarista, a noção de soberania não se fundamenta no poder de mando, mas na capacidade de servir, passando necessariamente pela noção de serviço público.

81 No mesmo sentido, CRFB, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: Art. 42. Durante 25 (vinte e cinco) anos, a União aplicará, dos recursos destinados à irrigação: I – vinte por cento na Região Centro-Oeste; II – cinquenta por cento na Região Nordeste, preferencialmente no semiárido.

82 MONTERIO, Yara Darcy Police. *Op. cit*., p. 150.

83 *Ibidem*, p. 150.

84 Nesse sentido: ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 36.

85 Nesse sentido: MELLO, Rafael Munhoz de. Características essenciais do federalismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional.* São Paulo, RT, n. 4, 2002, p. 151.

86 Não devemos confundir tendência centrípeta, com federalismo centrípeto, enquanto o primeiro traduz-se na tendência que possui a federação em atribuir um maior número de competências ao ente central (centralização), o segundo refere-se à origem do federalismo, dito centrípeto por ter se originado "de fora para dentro", ou seja, os Estados, antes soberanos, abrem mão de suas respectivas soberanias para formar um único Estado soberano: o Estado Federal (exemplo: EUA), opõe-se a esta última concepção, o federalismo centrífugo, onde um Estado Unitário desmembra-se em vários estados autônomos para formar a federação, conservando a sua soberania (exemplo: Brasil).

87 *American Constitutional Law*.

88 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Op. cit.*, p. 36, *et seq.*

89 Contrariamente, entendendo que município não é ente da Federação: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* São Paulo: Malheiros, 2005. p. 101.

90 *Op. cit.,* p. 44.

91 CORTINA, Adela. *Ética e cidade cosmopolita*. Tradução Cláudio Molz. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. *Direito e legitimidade.* São Paulo: Landy, 2003. p. 275.

92 *Ibidem*, p. 278. A classificação que segue é proposta por Adela Cortina.

93 John Rawls, em *The law of peoples* (Harvard University Press, 2001), tenta aplicar no âmbito internacional o procedimento de contornar as diferenças entre doutrinas que abrangem o bem, construindo uma concepção moral de justiça, extensiva a países não liberais (*Op. cit.,* p. 279).

94 Michael Walzer, em *Thick and thin* (Notre Dame Press, 1996), identificando as moralidades densas (*thick morality*), encarnadas em cada sociedade particular, e a

moralidade tênue (*thin morality*), extensível além das fronteiras, afirma ser possível, através dessa última, chegar a um conjunto de mandamentos negativos, que poderiam ser estendidos a todas as sociedades (*Op. cit.,* p. 280).

95 Nesse ponto se reconhece o caráter dialógico da razão, através da argumentação se discute as possibilidades da moralidade tênue, fundamentando a obrigatoriedade de uma ética universal (p. 281).

96 CORTINA, Adela. *Op. cit.*, p. 284 *et seq.* Ver também, da mesma autora: *Ética mínima.* Madrid: Tecnos, 1986; *Ética aplicada y democracia radical.* Madrid: Tecnos, 1993.

97 Nesse sentido: TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: *Teoria dos direitos fundamentais. Torres,* Ricardo Lobo (Org.). 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 310.

98 Nesse mesmo sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* Cit., p. 294.

99 Canotilho denomina tais mecanismos de procedimentos constitucionais deslegitimadores, reconhecendo-lhes a sua importância em termos iguais ou maiores que os procedimentos eleitorais legitimadores. A fórmula de Popper é a expressão mais sugestiva deste modo de conceber o princípio democrático: *"A democracia nunca foi a soberania do povo, não o pode ser, não o deve ser"*. A justificação da democracia em termos negativos e basicamente procedimentais, pretende pôr em relevo que a essência da democracia consiste na estruturação de mecanismos de seleção dos governantes e, concomitantemente, de limitação prática do poder, com instituições políticas adequadas e eficazes para um governo sem tentações tirânicas (*Op. cit*., p. 292).

100 *Igualdade e liberdade.* Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 65.

101 MÜLLER, Friedrich. Teoria e interpretação dos direitos humanos nacionais e internacionais – Especialmente na ótica da teoria estruturante do direito. In: *Direitos humanos e democracia. Clève,* Clemerson Merlin *et al* (Org.). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 50.

102 Texto original: Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen du 26 août 1789, Article 16: Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des puvoirs déterminée, n'a point de constitution.

103 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002. p. 881. O uso do termo *interdependência* é nosso (reforça a ideia de solidariedade entre os poderes). O professor de Coimbra utiliza o termo *independência*.

104 Nesse sentido, Canotilho vai mais além e afirma que o princípio da constitucionalidade não é apenas uma exigência de que atos dos poderes públicos não violem por ação as regras e princípios constitucionais; também a omissão inconstitucional, por falta de cumprimento de deveres jurídicos de legislar contidos em normas constitucionais, constitui violação do princípio da constitucionalidade. *Op. cit*., p. 246.

105 As cláusulas pétreas não são imodificáveis, o que se proíbe é o seu retrocesso, a sua evolução e ampliação é tão correta quanto necessária. São as cláusulas pétreas que fundamentam constitucional e discursivamente a construção da teoria da *proibição de retrocesso.*

106 Cf.: HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. *Direito e legitimidade.* São Paulo: Landy, 2003. p. 81.

107 Sobre o último aspecto, identificando a Jurisdição como elemento de inclusão social: MOREIRA DE PAULA, Jônatas Luiz. *A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. São Paulo: Manole, 2002.

108 NASCIMENTO, Carlos Valder do. Direito fundamental à saúde. In: *Tratado de direito constitucional.*

109 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.
110 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Cit., p. 1206.
111 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica:* a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2005. p. 281.
112 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1206.
113 Karl Loewenstein possui interessante obra sobre esse assunto: *Political power and the governmental process* publicado em 1957 pela University of Chicago Press, onde ressalta a substituição da lei pela política pública, mantendo-se a mesma separação entre a declaração, a execução e o controle. Em Ronald Dworkin, a política pública é espécie do gênero norma jurídica (*O império do direito*).
114 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. §§ 11-13 e 46.
115 Estamos a nos referir à dupla cidadania do europeu que a exerce tanto no âmbito do seu país quanto na União Europeia (nos casos dos países que a integram).
116 WILSON, David de Abreu Prado, Caminhos do constitucionalismo no Ocidente: modernidade, pós-modernidade e atualidade do direito constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política.* Ano 7, n. 28, São Paulo, RT, 1999, p. 107.
117 Estamos a nos referir a relativização da soberania dos *Estados*, já que a soberania das Uniões entre os Estados (União Europeia, União Africana) tende, ao contrario, a se fortalecer como veremos no transcorrer do trabalho.
118 Expressão utilizada por Gomes Canotilho em seu *Direito donstitucional e teoria da Constituição*. p. 1407. E, recentemente, em sua nova obra: *"Brancosos" e interconstitucionalidade – Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.
119 Sobre o assunto consultar: AZEVEDO, Oldemar. S*oberania (noções e fundamento).* São Paulo: Lex, 1958. p. 63 *et seq.*
120 BODIN, Jean. *Les six livres de la république*, Paris: Chez Jacques du Puis Libraire Iuré, à la Samaritaine, avec du Roy: 1583.
121 A expressão República equivale ao moderno significado de Estado, conforme ressalta DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado.* 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 77.
122 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit*., p. 78.
123 Para aprofundar no assunto, Dalmo de Abreu Dallari em *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 79. indica: Miguel Reale, *Teoria do direito e do Estado*, p.177; Oreste Raneletti, *Istituzioni di diritto pubblico*, Parte Geral, p. 78; Georg Jellinek, *Teoría general del Estado*, p. 365; Constantino Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, p. 58; Herman Heler, *La soberanía*, p. 214; Hans Kelsen, *Teoría general del Estado*, p. 133; Marco Tullio Zanzucchi, *Istituzioni di diritto pubblico*, p. 20;
124 VISSCHER, Charles de. *Teorías y realidades en Derecho Internacional Público*. Barcelona: Bosch, 1962. p. 108 *et seq*.
125 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 357.
126 *Ibidem*, p. 357 *et seq*.
127 *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002. p. 90.
128 Nosso entendimento é que na ordem internacional (externa) a soberania contemporânea traduz-se em interdependência (*vide* item 3.5).
129 *Op. cit.,* p. 90.
130 *Ibidem*, p. 1421.

131 LEAL, Rosemiro Pereira. *Soberania e mercado mundial* – A crise jurídica das economias nacionais. 2. ed. São Paulo: Editora de Direito,1999. p. 35.
132 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit*., p. 367.
133 *La idea pura del Estado.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935. p. 10-11.
134 *Op. cit.*, p. 1057.
135 RIBEIRO, Maria de Fátima. O euro e as perspectivas de implantação de uma moeda única no MERCOSUL. *Revista de Direito Constitucional e Internacional.* Ano 8, n. 31, São Paulo, RT, 2000, p. 10.
136 FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues. *Globalização, Mercosul e crise do Estado-Nação* – Perspectivas para o direito numa sociedade em mudança. São Paulo: LTr, 1997. p. 64.
137 GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução: Raul Filker. São Paulo: UNESP, 1991. p. 69.
138 GAMBARO, Carlos Maria. Globalização das economias – Análise do pensamento de Guy Sormon. *Revista de Direito Constitucional e Internacional.* Ano 8, n. 33, São Paulo, RT, 2000, p. 46.
139 Ibidem, p. 53.
140 *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1351.
141 Expressão utilizada por Ferdinand Lassale em sua obra *A essência da Constituição* (6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001). Aqui ela foi empregada no sentido de força projetada por uma unidade estatal.
142 HERTZ, Noreena. *The silent takeover* – Global capitalism and the death of democracy. New York: Harper, 2003.
143 Sobre vinculação do setor privado aos direitos fundamentais ver nosso: *Os direitos fundamentais e o Estado Solidarista,* item sobre a eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais.
144 Para maior compreensão da diferença entre desenvolvimento econômico e crescimento econômico consultar nosso trabalho: *Relação jurídica constitucional das normas de conteúdo econômico: o sistema constitucional de planos e a autonomia dos entes federados, em face da globalização econômica e da legitimidade do "superávit" primário mínimo com vistas à realização do bem-estar social e do desenvolvimento econômico*. Monografia. Salvador: UFBA, 2005.
145 Interconstitucionalidade não é o mesmo que direito comparado, pois servem a finalidades diversas, apesar de empregarem métodos similares. Enquanto no primeiro existe uma vinculação necessária entre as constituições, no segundo, determinada constituição serve de paradigma dogmático para estudo e aprofundamento de questões jurídicas sem uma necessária vinculação. A interconstitucionalidade é fenômeno constitucional. O direito comparado é método de estudo importantíssimo para identificação das famílias de Direito e os diversos sistemas jurídicos. (nota do autor).
146 *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 1407.
147 Produção de texto com o qual e através do qual determinada organização se identifica com si própria (sentido luhmanniano).
148 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 1408.
149 *Op. cit.,* p. 1409.
150 Existe aqui um campo fecundo para a aplicação da Tópica de Viehweg, porém, não sendo esse nosso objetivo, fica apenas a sugestão. *Topoi* (plural de *topos*) são pontos de vista, lugares-comuns ou esquemas de pensamento, sujeitos à prova das opiniões pró ou contra, a fim de descortinar, dentro das várias possibilidades derivadas da polissemia de sentido do texto, a interpretação mais conveniente para o problema. A tópica seria, dessa

forma, arte de invenção e, como tal, técnica do pensar problemático. Para maior compreensão do assunto, consultar a obra de Viehweg: *Tópica e jurisprudência.*

151 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 1410 *et seq*.

152 Nesse sentido: BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo.* São Paulo: Saraiva, 2009. p. 14.

153 *A tese da supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos prevaleceu no Supremo Tribunal Federal no RE 466343/SP. Para a compreensão das diversas correntes doutrinárias sobre a posição desses tratados no ordenamento jurídico verificar o voto vencedor do Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Prevaleceu a tese da infraconstitucionalidade (estão abaixo da Constituição) e supralegalidade (estão acima das leis) dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos (nos termos do art. 5º, § 2º da CRFB – direitos fundamentais decorrentes). Quanto aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos incorporados nos termos do art. 5º, § 3º da CRFB – direitos fundamentais equivalentes, estes possuem* status *constitucional (ex.: Tratado Internacional de Proteção à Pessoa Deficiente) e passam a integrar norma constitucional fora do texto constitucional formal-codificado.* Trazendo uma classificação constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais que compõem o centro do nosso sistema jurídico, numa perspectiva neoconstitucionalista de centralidade dos direitos fundamentais, teríamos: I) *Os direitos fundamentais expressos* – a) individuais (arts. 5º, 145, 150); b) coletivos *lato sensu* (arts. 1º, 5º, 225, 227, 231); difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos; c) sociais gerais (art. 6º); d) sociais trabalhistas (arts. 7º a 11); e) de nacionalidade (art. 12); f) políticos (arts. 14 a 17). II) *Direitos fundamentais decorrentes* (art. 5º, § 2º); III) Direitos Fundamentais Equivalentes (art. 5º, § 3º).

154 Aspecto externo traduz-se por ordem jurídica internacional estabelecida entre vários Estados Soberanos. Enquanto o aspecto interno (interconstitucionalidade interna) identifica-se com ordem jurídica interna dos Estados Autônomos em face do Estado Soberano (Federação – art. 25 da Constituição Federal de 1988).

155 Nesse sentido: BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

156 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1352.

157 Sobre o assunto consultar: TEIXEIRA, Carla Noura. A Constituição europeia: perspectivas e reflexões sobre o processo de integração regional europeu*. Revista de Direito Constitucional e Internacional.* n. 53,. São Paulo, RT, 2005; VIEIRA, José Ribas (Org.). *A Constituição europeia* – O projeto de uma nova teoria constitucional*.* Rio de Janeiro: Renovar, 2004; NUNES, Antonio Jose Avelãs. *Constituição europeia* – Constitucionalização do neoliberismo. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

158 SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

159 Nesse sentido: *Soberanía y libertad, Op. cit*., p. 24.

160 Também podemos perceber como expressão da *soberania na ordem internacional* os demais princípios do art. 4º: prevalência dos direitos humanos; autodeterminação dos povos; não intervenção; igualdade entre os Estados; defesa da paz; solução pacífica dos conflitos; repúdio ao terrorismo e ao racismo; cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; concessão de asilo político.

161 Sobre o Estado Constitucional Cooperativo ver: HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo.* Tradução Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

162 Para melhor compreender essa nova visão de interesse público consultar: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos* versus *interesses privados:*

desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. *Em nosso entendimento, inexiste prevalência "em abstrato" do interesse público sobre o interesse privado, apenas no contexto social de colisão entre estes dois interesses fundamentais é que pode ser estabelecido, através da ponderação, afastada a possibilidade de harmonização ou concordância prática entre os dois interesses em conflito, qual interesse irá prevalecer. É perfeitamente possível existir prevalência do interesse privado sobre o interesse público.*

163 JASPERS, Karl. *Introdução ao pensamento filosófico*. Tradução: Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2005. p. 53.

164 Nesse mesmo sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* Cit. p. 394.

165 CRFB, art. 5º, § 2º: 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.

166 CRFB, art. 5º, XXXIV – *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.

167 CRFB, art. 5º, LXIX – conceder-se-á *mandado de segurança* para proteger direito líquido e certo, não amparado por "*habeas corpus*" ou "*habeas data*", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

168 ARGENTINA: Artículo 14 – Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber: c) de peticionar a las autoridades; BOLÍVIA: Artículo 7 – Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: h. A formular peticiones individual o colectivamente; ALEMANHA: Art. 17 – Todos terão direito individualmente ou em grupo a dirigir petições ou queixas por escrito às autoridades competentes e à representação do povo.

169 Nesse sentido: TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimos existenciais. In: SARLET, Ingo Wolf gang (Org.). *Direitos fundamentais sociais:* estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Na filosofia de Rawls (*Uma teoria da justiça*, p. 60), o primeiro princípio corresponde à liberdade, enquanto o segundo corresponde à justiça distributiva. O próprio filósofo deixou claro que as necessidades básicas (*basic needs*), isto é, os mínimos sociais integram o primeiro princípio – da liberdade – e por isso são fundamentos constitucionais e não se confundem com as questões de justiça básica (*basic justice*).

170 Também defendem a inaplicabilidade da reserva do possível ao mínimo existencial: SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de direito constitucional.* Cit., p. 513 *et seq*; CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional.* Salvador: Juspodivm, 2009. p. 712 *et seq.*

171 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 271-272.

172 *Ibidem*, p. 2.

173 ADPF 45 MC/DF* RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO. EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS,

ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "*RESERVA DO POSSÍVEL*". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "*MÍNIMO EXISTENCIAL*". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

174 Nesse sentido: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* Cit., p. 466 *et seq.*

175 BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 355.

176 Acompanhando essa nova tendência podemos citar as pesquisas desenvolvidas por Helvécio Giudice de Argôllo, professor de processo penal da Universidade Estadual de Santa Cruz, e por Fábio Félix Ferreira, professor de direito penal da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, sobre sistema prisional brasileiro e o processo penal, entendendo o sistema de garantias constitucionais penais e demais direitos fundamentais enquanto limite ao poder punitivo. Ideias também presentes no garantismo de Luigi Ferrajoli, novo marco teórico nas pesquisas sobre o "Direito Penal Garantidor" (linha de pesquisa desenvolvida pela UFBA no grupo: Repensando o Direito Penal Contemporâneo e que tem como líderes Maria Auxiliadora Minahim e Alessandra Rapassi Mascarenhas). Numa perspectiva interdisciplinar, ver: Paulo Cezar Borges Martins em estudos desenvolvidos no núcleo interdisciplinar de estudo e pesquisa sobre violência e poder na contemporaneidade no âmbito da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia.

177 Cumpre ter em mente que o papel do Juiz, ao receber uma ação de *Habeas Locus Dignus*, não é pôr em liberdade o seu paciente, pois sua tutela não se refere à liberdade, relaciona-se ao direito fundamental a um local digno, assim, cabe ao Judiciário fomentar, possibilitar e em alguns casos determinar a execução de políticas públicas no sistema prisional brasileiro, prevenindo a supressão da dignidade ou restaurando-a.

178 Para uma compreensão do fenômeno penal numa perspectiva constitucionalista verificar a importante produção científica intitulada: *Bem jurídico penal e sua conformidade constitucional* de autoria de Eduardo Viana Portela. Afirma o citado autor: *Reconhecendo-se a Constituição como repositório onde se encontram os valores mais relevantes para a sociedade, refletindo o que há de mais essencial para o pleno desenvolvimento da autonomia humana, aí está o ponto de inflexão entre o direito constitucional e o direito penal mais especificamente com a teoria do bem jurídico.*

179 O papel (cri)ativo dos intérpretes da Constituição no neoconstitucionalismo refere-se à criação de novas possibilidades de efetivar e harmonizar direitos fundamentais em conflito perante a realidade (possibilidades fáticas – adequação e necessidade; possibilidades jurídicas – proporcionalidade em sentido estrito). Não se confunde com discricionariedade em sentido forte (fruto do positivismo ainda impregnado na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), onde na ausência da lei o juiz cria o direito aplicando analogia, costumes e princípios gerais do direito (como se princípio não fosse lei-norma). No neoconstitucionalismo, a discricionariedade é aplicada em seu sentido fraco (Ronald Dworkin – *Levando os direitos a sério)*, existe maior segurança jurídica, pois o juiz e os demais intérpretes da constituição devem decidir com base nos princípios estabelecidos normativamente na Constituição.

180 *Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. p. 66.

181 *Op. cit*. p. 66.

182 CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 336.

183 MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição:* para o conceito de Constituição Econômica. Coimbra: Faculdade de Direito, 1974. p. 32.

184 MARINHO, Josaphat. Constituição Econômica. Separata de *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo, n. 156, 1984, p. 2 *et seq*.

185 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (Interpretação e crítica). 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 72-73.

186 Nesse sentido: BRITO, Edvaldo. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 18.

187 BRITO, Edvaldo. Aspectos da tutela da concorrência no Estado dualista. In: MARTINS, Ives Gandra; NALINI, José Renato (Org.). *Dimensões do direito contemporâneo:* estudos em homenagem a Geraldo de Camargo Vidigal. São Paulo: IOB, 2001. p. 251.

188 Na proposta de orçamento para 2008, a meta prevista de superávit é de 3,80% do PIB. Segundo o ministro do Planejamento, o governo não perseguirá mais a meta de 4,25%. De acordo com ele, essa meta não é mais necessária. (Fonte: *O Estado de S.Paulo.* 31.08.2007)

189 As políticas públicas que garantem o mínimo existencial são adequadas em situações emergenciais, porém, devem ser acompanhadas por políticas públicas de inclusão social e desenvolvimento capazes de evoluir processualmente para o máximo existencial, favorecendo a máxima efetividade dos direitos fundamentais. Sobre tal gradação, em sentido similar, ver: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais. Cit.*, p. 468.

190 SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional Econômico.* São Paulo: LTr, 2001. p. 58 e 59. Também reconhecendo o planejamento como mito: BURDEAU, Georges. *Traité de science politique.* 2. ed. Paris: LGDJ, 1969. Tomo IV.

191 *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1421.

192 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. cit.*, p. 1421.

193 O jurista italiano Renato Alessi em conhecida tese expôs a distinção entre interesse público primário (o interesse geral da coletividade) e interesse público secundário (o interesse do Estado). *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3. ed. Milano: Giuffrè. 1960. p.197.

194 *Op. cit.*, p. 186.

195 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. Cit., p. 161.

196 SILVA NETO, Manoel Jorge. (comunicação pessoal em exame de qualificação do Mestrado). No mesmo sentido ver seu: *Direito Constitucional Econômico.* São Paulo: LTr, 2001. p. 46 *et seq.*

197 REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito de ideologias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 45.

198 Para maior compreensão do direito premial ver: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função* – Novos estudos de teoria do direito. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 14 *et seq.*

199 *Las transformaciones del derecho* (público y privado). Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975. p. 240.

200 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. 2. ed. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 59.

201 DONNE, John. *Devotions upon emergent occasions*. Michigan: Michigan University, 1959. Meditation XVII.

Os Fundamentos da Constituição no Estado de Direito

Tarso Genro[1]

SUMÁRIO

1. Democracia e Estado de Direito. **2.** Introdução aos fundamentos. **3.** A historicidade e a progressividade do Estado de Direito. **4.** Os fundamentos e a norma fundamental. **5.** Transição do conteúdos: hermenêutica e dogmática. **6.** O fundamento da igualdade legítima. **7.** O povo empírico e as formas. O verdadeiro autor da "grundnorm".

1. Democracia e Estado de Direito

Democracia e Estado de Direito, assim como república e democracia, não são pares necessários. Um Estado "de fato" é sempre nada ou pouco democrático, mas um Estado de Direito pode ser democrático ou autoritário. A república pode ser mais, ou menos autoritária e assim mais, ou menos democrática[2]. A construção da democracia substancial dentro do Estado de Direito, nunca terminada, é ela mesma uma revolução: aceita sobressaltos radicais, mas aceita-os na medida em que não conduzam à concentração absoluta de poder numa autoridade suprema.

As formas através das quais a democracia se realiza, combinadas ao longo da história, produzem significativas transformações na sociedade que, quando sonegadas, podem gerar revoluções que se legitimam[3]. A revolução só é possível se a democracia sonega-se radicalmente ou sonega, de forma reiterada, direitos básicos necessários a uma coesão social mínima. Aí a revolução pode ser legítima.

A democracia suporta, portanto, *conservação* e *revolução*. Mas é a recorrente exigência de mais liberdade e mais emancipação que impede a conversão do conservadorismo em *reação* e impede que a democracia regrida, desastradamente, para o autoritarismo e o absolutismo. O direito de resistência está contido na gênese e na essência da democracia.

A democracia moderna contém nos seus extremos, tanto a “ágora” grega como o assembleísmo libertário dos “soviets”. Através de formas mediadas pelo Direito ela suporta ambos – “ágora” e “soviets” – e ao mesmo tempo não é nenhum deles completamente, assim como jamais os realiza completamente. A desigualdade social e política entre as classes na formação da deliberação e a força direta do povo, na pressão sobre o Estado, modelam a democracia e, ao mesmo tempo que a instabilizam, legitimam-na.

O “pequeno detalhe” de que a “ágora” ateniense incluía um número reduzido de cidadãos, que democraticamente (entre si) decidiam os destinos da “polis”, não só não é um “detalhe” (para compreender mais profundamente a democracia), muito menos é um detalhe “pequeno”.

As relações de força e poder que existiam na sociedade grega, atenuadas, encontram-se em geral projetadas nas diferenciações sociais e econômicas da sociedade atual, gerando limitações para a fruição dos direitos fundamentais. Não é irrelevante, porém, que pela atenuação daquelas diferenças temos o grande avanço que o reconhecimento dos direitos fundamentais hoje refletem. O “povo empírico”* da “ágora” era muito mais restrito do que o “povo empírico” das democracias modernas, por isso a expansão do povo concreto, que promove a democracia, orienta o próprio curso da evolução do Estado Moderno.

O fato de a democracia ateniense significar um grande avanço civilizatório, comparativamente aos estados dirigidos por chefes militares na antiguidade[4], não pode obscurecer a crítica das democracias contemporâneas só pelo fato dessas assegurarem o sufrágio universal. A crítica das democracias atuais também tem fundamento na experiência de uma vida, para muitos, com escasso gozo da democracia em termos substanciais. Versa, em última instância, sobre a *eficácia* e a *efetividade* dos direitos fundamentais contidos nas Constituições democráticas atuais.

A regra, por exemplo, de que na “polis” grega os prisioneiros de guerra não eram assassinados, mas transformados em escravos, ainda tem certa correspondência, através de formas mitigadas, nas atuais ordens sociais reguladas por Constituições democráticas. Tanto a extinção da escravidão como a eliminação do trabalho servil são – na substituição pelo trabalho assalariado –, ao mesmo tempo, adição de valor civilizatório e limites para o exercício pleno dos direitos fundamentais.

O Estado absolutista, baseado na soberania que reside no monarca, avançou com a soberania popular para o Estado de Direito[5]. Este evoluiu para o Estado Democrático de Direito, cujas superações abrem uma nova síntese inspirada pela experiência do Estado Social, gestado no interior do próprio Estado Democrático de Direito. É a configuração futura do *Estado Democrático e Social de Direito*, como superação capaz de responder à crise da democracia e à própria regressão neoliberal, que dilui ainda mais a força normativa dos direitos fundamentais.

Este reconhecimento do avanço civilizatório da cidade-estado grega aos dias de hoje – onde as nações são regidas por Constituições que concertam interesses contrapostos – também não dá sustentação à tese de que a democracia chegou ao seu curso final (ideal), pela institucionalização da democracia política e do voto universal. A democracia política e o voto universal também podem degenerar na reação fascista, processo que também foi característico da modernidade madura. *A reação fascista absolutiza o Estado e transforma o ódio e o preconceito na suprema lógica do poder.*

O "soviet" queria ser, ele mesmo, o Estado e assim realizar a democracia universal, fundindo Estado, Direito, Sociedade e máquina administrativa, subsumindo todos os poderes num só, dissolvendo tudo num só processo e instituição: Estado e Governo, povo e aparato. Este objetivo sucumbiu ao ritualismo burocrático dos poderes do partido e na ditadura da minoria, que novamente separou Estado e Governo, povo e aparato. O nazismo e o fascismo foram mais do que uma estética do absolutismo moderno. Foram uma forma possível de modernidade, que substituiu a utopia humanista das Luzes pela utopia particularista da raça e da nação.

O "mal" da modernidade, neste particular, concentrou-se no Estado absoluto, que objetivou e estetizou a violência suprema do capital, dentro e fora do Estado. O absolutismo moderno encontrou suas novas formas, não atenuadas, tanto no "socialismo realmente existente", através de um certo tipo de capitalismo de Estado, como no nazifascismo.

Não é possível, pela observação destas crises radicais e sobressaltos, concluir que as instituições democráticas estancaram; que os métodos de decisão originários da soberania popular chegaram ao seu final; e que não é possível mais democracia (ou menos democracia), quando se formam situações geradas por disputas extremas que se resolvem dentro e fora da

ordem.

A centralidade dos direitos fundamentais na ordem constituída tem efeitos reflexos. A variável de "dizer a norma constitucional"[6], como um campo de regras garantistas invioláveis, "para garantir direitos e limitar poderes", está plenamente enunciada nos direitos fundamentais, arrolados pelo constituinte, que instauram uma dinâmica de radicalização democrática no constitucionalismo moderno.

Os processos constituintes sucessivos, através de corpos constituintes novos, derivados ou originários – ou através de uma sequência de ações políticas radicalizadas do "povo empírico", que geram rupturas –, exigem reavaliação e não poucas vezes atualização dos direitos fundamentais. A busca de igualdade social e a defesa dos "direitos invioláveis", assim, integram o mesmo processo evolutivo de transformação da norma jurídica em substância da vida social.

É difícil sustentar, hoje, a defesa de um normativismo puro, que sequer tem condições de funcionar como estabilizador da sociedade atual, ou mesmo a defesa de um sistema fechado e fixado por normas com interpretações definitivas – mesmo as que revelam direitos fundamentais – que se validem por si mesmas, originárias de uma "norma fundamental"[7].

A permanente conversão da *revolução* em *reforma*, da *subversão* em elemento da *ordem*, da *tensão* acordada em *norma*, da *heresia* em *jurisprudência*, da *reforma* em *conservação* – situações ricas e problemáticas na atual crise democrática –, exige novas flexões teórico-doutrinárias para salvar a democracia. Salvação tanto da anomia como da reação autoritária: "Se por um momento suspendermos a concepção de Constituição em *sentido formal* substituindo-a por outra, *realista*, ela será entendida como manifestação de uma estrutura político-social concreta: escapará então ao plano do *dever ser*, de sorte a passar a expressar o *ser* político do Estado; nesse sentido ela é a *constituição política* do Estado. A *constituição* de cada povo depende da natureza e da consciência desse povo, no qual – diz Hegel no § 274 do *Princípios da filosofia do direito* [2003:371] – reside a liberdade subjetiva do Estado, e, portanto, a *realidade da constituição"*[8].

As Constituições que não convertem, incessantemente, o pacto formal em pacto material e vice-versa, mesmo nos países com Cartas "decididas livremente", abrem espaços para o avanço da fragmentação e

posteriormente para situações de anomia. Estas Constituições, inflexíveis nas suas formas, são originárias de situações históricas nas quais os constituintes, mesmo com a intenção de proteger direitos importantes, fazem-no através do excesso de cláusulas "pétreas", que fecham a Constituição e impedem-na de acolher a rica espontaneidade do "mundo da vida"[9], onde se exercita, gera-se e sofre-se o Direito.

Direito e Constituição democrática são fenômenos da sociedade moderna cujas essências são, ao mesmo tempo, reveladas e ocultas, pois as constituições representam e também "presentam" milhares de relações que, muitas vezes, estão fora do seu âmbito imediato de acolhimento ou regulação. Refiro-me, por exemplo, às novas configurações que vem adquirindo a família, as opções e a condição sexual, as exigências originárias das mudanças na individualidade em face das novas relações virtuais, as mudanças econômicas impulsionadas por revoluções tecnológicas, que às vezes "separam" a Constituição da História e mostram, inclusive, que os limites aos direitos fundamentais são excessivamente estreitos[10].

Refiro-me, também, à intensa energia constitutiva do "direito achado na rua", com a extraordinária presença de fontes materiais originárias da pressão dos movimentos sociais, requerimentos comunitários, ações políticas de massas, que forjam o direito "de baixo para cima". E o fazem através de demandas ora reprimidas, ora acolhidas pelo Estado de Direito: o "direito achado na rua" é elemento constituinte do direito achado nos livros[11].

As formas peculiares que adquire a decadência do Estado Moderno ou mesmo sua crise, nas democracias tardias, às vezes resultam da "identidade negativa", adquirida pelo Estado, seja como no fascismo italiano e alemão (anticomunista), ou ainda nas democracias tardias, como no caso do fujimorismo (Peru) ou do "Estado-mara" (Nicarágua). Este – por exemplo – é originário das contradições na democratização sem inclusão *social*, latino-americana, que abre espaços para a formação de vários tipos de grupos de poder na marginalidade social. Grupos que não se distinguem "por um pensamento ou por uma visão particular do mundo e da sociedade. São as chamadas 'pandilhas' maras, que diferenciam-se, entre si, pelo poder que logram acumular, pelos espaços territoriais que controlam e por sua estética. Mas, sobretudo, a identidade de uma 'mara' se constrói a partir de sua

oposição a outras ‘maras’ e pelo seu antagonismo com o resto da sociedade”[12].

Estas deformações, na verdade, compõem uma gênese dos Estados democráticos tardios que se originam das demais experiências mundiais, principalmente europeias, mas que tem um tempo próprio de maturação[13], sobretudo porque as formas institucionais democráticas, consagradas pelos países de democracias maduras, não se adaptam plenamente às culturas autoritárias legadas pelos períodos colonial e neocolonial.

2. Introdução aos fundamentos

Ao mesmo tempo em que o Estado de Direito, maturado nas ruas e nos livros da Revolução Francesa, avançava para sua forma atual, “os elementos de fato que produziram os ordenamentos” (Kelsen) mudavam, gradativamente, e criavam condições para a atual fragmentação econômica, ética e política. Este impulso contínuo produziu as *novas fontes materiais do direito,* que emergiram na globalização e passaram a fundir os direitos nacionais num todo global, combinado, mais autoritário e reciprocamente influente.

A financeirização da vida econômica e a sua influência sobre a vida pública, como fonte material dominante (que se arvora à condição de uma nova “norma fundamental”), dissolveram alguns mandamentos da ética iluminista, cujo sentido é, originariamente, libertário e acolhedor. O poder dos Bancos Centrais abre uma fase de desequilíbrio entre os poderes e de tendência à irrelevância da política. O *sentido* da razão passa, nestas circunstâncias, a ser pouco arbitrado pelo sujeito, que se amolda de maneira dócil às exigências heterônomas da lógica do capital: “Fausto” (Goethe) transforma-se no “Homem sem qualidades” (Robert Musil).

Da Constituição francesa de 1791 à revolução portuguesa de 1974 e à Constituição brasileira de 1988[14], a sociedade capitalista, baseada no sistema colonial e imperial, deu lugar ao sistema mundial integrado pelo capital financeiro, com a consequente fragilização dos valores do racionalismo iluminista. Embora seja possível uma abordagem benigna e democrática da cultura que se configurou com a condição pós-moderna emergente – especialmente para respeitar e acolher demandas em nome do

pluralismo e da multiculturalidade – o império do capital financeiro fragilizou o Estado e deu início a uma grave crise de legitimidade das democracias políticas atuais.

Transitamos, então, a partir daí, para a geração de subéticas grupais, tribais, regionalistas, chauvinistas[15], tendencialmente libertárias, mas que se expressam principalmente através de espasmos midiáticos, reveladores da impotência política, promovendo a dissolução das esferas deliberativas do Estado para a construção do público.

Assim, o processo de formação do Estado de Direito Democrático, ora tem impulsos emancipatórios (originários das fontes materiais que imprimem sua força normativa no sistema da Constituição), ora tem impulsos negativos (conservadores que relativizam ou dissolvem as conquistas libertárias das luzes), como ocorre atualmente.

Neste contexto, a força normativa dos direitos fundamentais choca-se com os interesses dos indivíduos concretos, nos conflitos da reprodução sociometabólica do capital, que ora estimulam a *guerra contra o outro* e a *cooperação subordinada*, ora estimulam a *expansão das relações de solidariedade coletiva* e da *socialização dos direitos* (valorizando a força do povo empírico na formação da Constituição).

Na primeira hipótese está a pretensão da acumulação sem limites, que os indivíduos são chamados a exercitar pela ordem do capital e, na segunda hipótese, estão – por exemplo – a solidariedade das categorias profissionais nos conflitos coletivos do trabalho e as demandas unitárias dos novos e novíssimos movimentos sociais[16]. O princípio de que “cada um existe para si mesmo, não para o outro”[17], que vem de uma necessidade intrínseca do capitalismo está, portanto, em permanente contradição com a necessidade moral, originária da ética iluminista, de compatibilizar a própria liberdade com a liberdade do próximo.

Wolfgang Däubler[18] chama atenção, neste período histórico, sobre a contração das conquistas sociais, expressas por exemplo no direito coletivo do trabalho, ameaçadas por uma visão de “flexibilização”, que advoga que a proteção ao trabalhador deve sujeitar-se ao livre jogo das forças do mercado. Aceitar tal “jogo” significa aceitar a regressão dos direitos fundamentais e a volta à “naturalização” hobbesiana das relações de trabalho. É a retirada da tutela subjetiva, que o Estado incrementou como obrigação enquanto Estado Social, mormente a partir da maturidade da 2ª

revolução industrial.

3. A historicidade e a progressividade do Estado de Direito

Ao longo deste processo, o Estado de Direito Democrático foi constituindo suas estruturas formais dentro do território nacional, com regras que vão definindo os limites da autoridade da maioria[19], bem como as condições formais e substanciais que emprestam validade[20] ao seu sistema normativo: "Em tese, o estado moderno nasce do processo da centralização do poder no estado, como consequência da descentralização do poder universal da igreja e do império. Seguindo o processo inverso, o futuro Estado federal nascerá da dissolução do Estado nacional em uma unidade de nível superior. Nesta ideal evolução fica, porém, incerta a forma institucional que deveria assumir o futuro Estado federal"[21], bem como se este Estado irá acolher e promover direitos fundamentais supranacionais.

Esta nova "forma institucional" – mais ou menos democrática; mais ou menos emancipatória, mais ou menos republicana – é o que está em disputa, entre a *força normativa do capital financeiro globalizado e a força das fontes materiais originárias das movimentações do "povo empírico"*, mormente aquelas originárias dos novos e novíssimos movimentos, para os quais "outro mundo é possível".

Este novo contexto no interior do "modo de vida democrático"[22], abalado pelos novos fatores de integração e unidade forçada, atinge a cotidianeidade das pessoas, dos grupos de interesse e do conjunto das classes sociais. O "modo de vida democrático", que foi fundado pelo Estado (e também originou o Estado Nacional) como ele é no presente, está em crise e com ele o próprio Estado Democrático de Direito.

As instâncias deliberativas, que acolhem o sentido político deste modo de vida, são excessivamente influenciadas pelas pressões da mídia e pelos interesses correlatos, que hegemonizam a formação da opinião pública no interior das grandes cadeias empresariais, onde se fundem capital financeiro e o valor da informação. As instâncias deliberativas ficam cada vez mais problematizadas porque refletem, cada vez menos, a opinião do "povo

empírico” e, cada vez mais, aquilo que a grande mídia faz o “povo empírico” pensar.

As instâncias administrativas do Estado, em função das novas tecnologias informacionais e digitais, são só aparentemente mais impessoais, mas, na verdade, tornam-se mais *personalizadas* pela ideologia tecnoburocrática fascinada pelos “ajustes” globais, promovidos no ciclo financeiro do capital que subordina o desenvolvimento das nações.

Se é verdade, no entanto, que o Estado funda a sociedade civil, como queria Hegel, impondo a ele uma rede de obrigações, regras de convívio e compromissos, é também verdade que o Estado não pode ser pensado como Estado real – “realidade da liberdade concreta” – sem o discurso jurídico e os conceitos que o modo de vida e a cultura da sociedade civil lhe imprimem. Hegel – dizia Gramsci – não pode ser pensado sem a Revolução Francesa e sem Napoleão e suas guerras (...)[23].

Os “Direitos do Homem”, que formam o centro doutrinário das Revoluções Francesa e Americana, propuseram parâmetros universais para o respeito à dignidade humana e ascendem, progressivamente, na política global através de ações políticas e mediações jurídicas que marcam o início deste século XXI. Estas mediações abrem espaço a forças constituintes e emancipatórias que sempre apontam para uma nova Constituição. Num mundo relativamente harmonizado e solidário, este novo período não pode ser pensado sem considerar os espasmos de dor e a falta de efetividade dos direitos fundamentais, sonegados pelas democracias realmente existentes.

Esta dialética histórica já estava viva no art. 23 da Constituição Belga – entre outros textos –, que é “formulado de modo suficientemente formal (...) para constituir a obrigação, tanto para as autoridades públicas como para as particulares, de se abster de qualquer ato de modo a atentar à dignidade humana”. (...) “Na qualidade de direito-resistência, o direito de levar uma vida de acordo com a dignidade humana produzirá, portanto, efeitos diretos compreendidos nas relações horizontais.”[24]

O “direito de resistência”[25] é, sem dúvida, um direito contra a potestade estatal. Mas também é eficaz contra a sonegação dos direitos prometidos pela Constituição, compondo o sistema de defesa elementar do indivíduo isolado ou agrupado, que dignifica o modo de vida democrático. Este “direito de resistência” gera não só mais demandas positivas ou de melhor “boa vida”, mas também sempre mobiliza vastos setores da sociedade na

defesa dos direitos fundamentais, no Estado Social.

Sobre o "direito de resistência", onde estão presentes tanto o conteúdo do *direito à igualdade* como o *direito de não ter os seus direitos violados*, temos o exemplo da Revolução Portuguesa, cujo direito a resistir é responsável "pela consolidação de princípios estruturantes de proteção dos direitos individuais", "legalidade, ampla defesa e devido processo legal, p. ex." para as quais, "todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública"[26].

Mas é precisamente *neste contexto de "defesa" que estão em conflito, de um lado, os fundamentos das constituições democráticas ancoradas na razão iluminista e, de outro, o processo de sonegação de direitos, exigido pela totalidade forçada do capital financeiro.* É um conflito que orienta, a partir dos seus movimentos sísmicos, o desajuste recorrente entre os fundamentos originários da Constituição democrática e a vida real[27] dos povos e nações, cujos direitos fundamentais não têm força normativa. É um conflito que também opera como repulsão e atração, coesão e descoesão social, na globalização em crise.

Este processo de integração – assim como foi o mercantilismo colonialista – é um desafio à expansão da razão libertária. Ele coesiona e descoesiona, sístole e diástole, revelando os mais diversos obstáculos à solidariedade global entre os povos, embora contraditoriamente também os aproxime, nas suas demandas emancipatórias.

No plano subjetivo, porém, a solidariedade é diluída pela expansão dos antivalores morais do neoliberalismo, ao mesmo tempo em que, internamente, os velhos valores iluministas são pautados para "domar" a força normativa do capital financeiro que quer fazer submissos os Estados Nacionais[28]. O sentido emancipatório do Direito democrático moderno nasce e renasce no cotidiano do mundo globalizado.

Nos países de democracia tardia (ou neocoloniais ou atrasados, em termos democrático-institucionais), os avanços sociais, as covardias institucionais ou as arrogâncias autoritárias sem direito são visíveis na jurisprudência dos "guardiões" da Constituição, que se adaptam ou reagem aos governos de fato, segundo a capacidade que estes têm de se impor pelo medo e pela violência[29].

É irrefutável, porém, que no atual período há um enfraquecimento “do povo empírico” nos processos criadores das novas normas constitucionais: num mundo que é integrado pelo capital financeiro “invisível” e dissociado pelos conflitos políticos, “visíveis” no cotidiano, os debates mais importantes nem sempre são racionalizáveis, para acordos, no espaço da política interna[30].

É um período duro, que submete negativamente o direito às leis da economia e, predominantemente, faz a junção perversa da economia com o modo de vida dominante, mercantilista-consumista. A substituição violenta, na subjetividade dos povos, dos valores sedimentados por gerações, dá-se neste contexto com a mesma velocidade que o capital financeiro compacta e desiguala o mercado mundial[31].

A contraposição a este refluxo é a emergência do Direito Humanitário[32], seja em função das mudanças nas características das guerras, seja em função dos efeitos da globalização sobre a comunidade humana, para a qual ele expressa um desdobramento dos Direitos Humanos, já como novas criações “artificiais” (subjetivas) de um antissistema internacional.

Trata-se, agora, para revalorizar a democracia, de criar uma fonte específica de legitimidade para um novo processo constituinte global, que promova, progressivamente, a ética e a política antissistêmica à condição de dominantes e hegemônicas: “Além dos pressupostos no nível dos Estados, a formação de uma Constituição supranacional transversal depende da construção de um *povo constitucional determinante dos procedimentos no plano supraestatal*. Não se trata, porém, de um povo caracterizado por uma identidade cultural coletiva ou por uma comunidade de valores, que, aliás, também não existe no Estado constitucional; mas sim de um povo que se distingue, antes de tudo, por uma forte heterogeneidade cultural. (...) Com isso, a generalização do apoio político e a racionalidade democrática são asseguradas. O chamado ‘déficit democrático’ na União Europeia é relacionado à hipótese de que, em virtude do deficiente desenvolvimento de um povo capaz de determinar os procedimentos, as pressões das constelações particularistas de interesse não estariam sendo neutralizadas e, portanto, a generalização do apoio político ainda seria obstaculizada. Não obstante, há fortes indícios de que a cada vez mais forte integração supranacional no contexto da União Europeia pode conduzir à consolidação de um povo constitucional europeu, muito heterogêneo e apto a determinar,

em formas as mais diversas, os procedimentos políticos de decisão. Mediante a circulação e contracirculação de administração, governo, público e povo no plano europeu, há esboços da formação de uma racionalidade democrática supranacional em condições de vincular-se com a já consolidada racionalidade jurídica mediante uma Constituição transversal entre política interna e direito interno europeus".[33]

4. Os fundamentos e a norma fundamental

"A grandeza da boa música está na sua habilidade de expressar o inexprimível."[34] Aproveito o aforismo para introduzir a ambígua indeterminação entre a arte e a vida, como fonte para pensar os "fundamentos" da Constituição.

A questão dos "fundamentos" da Constituição e da sua validade remete para dois níveis de análise: o *primeiro nível*, o da "norma fundamental", que segundo Kelsen[35] é o pressuposto não só da validade, mas também da eficácia, da funcionalidade e da legitimidade da ordem jurídica da Constituição; o *segundo nível*, o das normas dos "direitos fundamentais", que registram, numa Constituição concreta, a vontade majoritária dos constituintes, eficaz para o tempo histórico do Direito retratado no sistema de normas daquela Constituição. Através dela, adquirirá "força normativa".

Estes "direitos fundamentais", originariamente programáticos, transitam na vida política estimulando "emancipações parciais que concretizam a presença cidadã na obra do governo"[36], como salientou Paulo Bonavides, referindo-se ao Estado Social. Este foi promovido graças à intervenção da força do "povo empírico", subtraída da soberania política do príncipe.

A ambiguidade de ordem democrática do Estado de Direito Democrático não preserva somente os direitos gerais dos "de baixo", nem exclusivamente os direitos sociais da cidadania "de baixo", mas preserva igualmente os direitos de qualquer pessoa, rica ou pobre, proprietária ou não, integrante da ordem.

A partir da ordem, as pessoas tanto são chamadas a *obrigar-se*, como recebem a *proteção* de um conjunto de normas, que se configuram como *direitos subjetivos*, seja em relação à propriedade privada – resguardada sua função social – seja em relação às prestações que o Estado lhes deve: "a

realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia. Por exemplo, o poder de tributar não pode conduzir ao aniquilamento da livre iniciativa. Nesse caso, a ponderação de valores indica que a aplicação de uma norma, regra ou princípio (competência estatal para instituir impostos), não pode implicar a impossibilidade de aplicação de uma outra norma, princípio ou regra (proteção da propriedade privada)”[37].

A norma fundamental que, segundo Kelsen, origina-se de um autêntico “ato de vontade fictício” (desde a primeira Constituição) desdobra-se assim em normas jurídicas eficazes e válidas – validade que inclusive “naturaliza” certa desigualdade, promovendo sucessivos consensos, diria Gramsci[38]. Ao mesmo tempo, orienta relações sociais e econômicas, elevadas a relações jurídicas: relações balizadas, então, por *princípios jurídicos*, cuja interação com o “mundo da vida” revaloriza o “povo empírico” que constitui a Constituição e também *reaproxima a ética do Direito*[39].

Os “direitos fundamentais” passam, por este processo, à condição de regras jurídico-formais *não fictícias* da “norma fundamental”, ou seja, são regras formalmente deduzidas da “norma fundamental”, já transformada em sistema de normas. Quando a “norma fundamental” torna-se sistema, ela já está expressando, formalmente, uma certa estabilidade ético-política, eficaz para um determinado período histórico. Produz regras que, ou são “consentidas” (ainda que sob uma certa coerção), ou são “livremente aceitas”[40] (num equilíbrio político mais sóbrio), mas *jamais são instituidoras de um sistema “neutro” de Direito, embora possam ser aplicadas com “neutralidade”*.

Em ambos os casos o sistema normativo adquire validade e uma certa eficácia – que agrega socialmente – e que lhe dá *legitimidade* e *funcionalidade*. Não é certo, porém, aceitar que os “direitos fundamentais” são mera retórica, pois isso levaria a conceber a impossibilidade de se ter uma Constituição legítima. Isso seria tão inverossímil como concluir que o próprio sistema jurídico é um produto cientificamente concebido por uma “teoria” neutra. De um ponto de vista puramente normativo pode-se sustentar, portanto, que nos direitos fundamentais da Constituição escrita estão registrados os protocolos do contrato político e deles decorre um sistema legal coerente, de caráter coativo, aceito e legitimado para o *agora*, mas também admitindo absorver um permanente “devir”[41] da norma

fundamental.

Neste “devir”, portanto, é que as normas do sistema absorvem os “princípios” constitutivos da ordem. Nele é que são forjados os limites e o conteúdo, tanto do modo de vida democrático imperante, com suas dominações e resistências, como do contrato social legítimo. Aqui, em consequência, não é possível flagrar qualquer oposição entre “Direito” e “garantia constitucional”[42], mas sim é possível criticar a *falta de efetividade*, que é o que pode comprometer o consenso e a coesão política, em torno da Constituição democrática.

Mas uma boa Constituição exprime a melhor possibilidade do contrato social num momento histórico determinado? Ou as melhores possibilidades do contrato não são normatizáveis? Ou, ainda, será que os sujeitos ativos, que “constituíram” a constituição, expressaram os seus pactos de maneira a torná-los universais? Ou apenas adiaram a luta de interesses para repensá-la na abstração da norma? Seria muita pretensão responder com segurança a todas estas perguntas, mas, sem dúvida, a identificação dos “fundamentos” da Constituição, no Estado de Direito, não pode desconsiderá-las.

Não pode, de uma parte, porque a Constituição moderna sempre ajusta um conflito de soberanias. Logo, ela é sempre o resultado de um processo contraditório e conflitivo, a saber, da pressão que vem da *força e do poder da riqueza*, no processo constituinte, e a que vem da pressão da *força legitimante do povo*, que se faz “povo empírico”, povo concreto em momentos decisivos do processo constituinte. De outra parte, porque a forma pela qual os conflitos são resolvidos orienta o juízo dominante sobre os princípios que estão recebidos no sistema de normas da Constituição, com os seus “conteúdos sociais concernentes ao pluralismo” que lhe deu origem[43].

Internamente, nos próprios polos que confrontam as forças sociais e políticas do mundo real, também convivem expectativas diferentes em relação ao que pretendem da ordem os grupos com interesses diferentes, no interior de cada polo. Face, também, a esta conflitividade transversal (que igualmente é resolvida por acordos, mais, ou menos, impostos), o pactuado é, ao mesmo tempo, um *pacto de conteúdo* e um pacto que acorda uma *previsão de formas*. As formas, assim, são o conduto do conteúdo pactuado na Constituição, para resolver toda espécie de conflitos, inclusive os intraclasse e interindividuais. *Esta resolutividade operativa da Constituição*

é a força do seu recorrente processo de legitimação.

A abrangência desta previsão de formas oferece uma medida para verificar com que radicalidade ocorreu o confronto, no processo constituinte, entre a *soberania popular* e a *soberania do príncipe*, pois aquela previsão de formas (que soluciona efetivamente os conflitos) é o que faz a Constituição formal mais *democrática* ou mais *autoritária*.

É certo dizer que os diplomas constitucionais modernos vêm do ascenço econômico, cultural e político da burguesia iluminista, mas as suas instituições radicais-democráticas vêm do "povo empírico". Os desprovidos de força econômica fundante, que fazem o seu lugar na ordem principalmente pela luta, subversiva ou não, pela pressão política nos órgãos deliberativos, ou pela sua força direta, colocam na Constituição o que depois se revela como o mais humano, justo e universal.

5. Transição dos conteúdos: hermenêutica e dogmática

A contínua "transição" do "pacto de conteúdo" para "formas" diretas ou jurídico-processuais (que podem dar acesso aos direitos) não é realizável sem uma tensão entre *as fontes materiais da constituição* e a sua *estrutura formal*. Esta tensão é processada pela ideologia do interessado, seja ele o que decide, seja o requerente ou o hermeneuta.

O interessado aborda a norma com o propósito de que sua exegese lhe sirva, e ordinariamente quer moldá-la à sua necessidade ou ao seu desejo. O "paradigma dogmático" e a "compreensão hermenêutica" convivem, assim, como elementos da ordem[44], da qual sempre podem ser extraídos diversos significados.

Para identificar os verdadeiros "fundamentos" que norteiam a Constituição, a partir de uma concepção não puramente dogmática, mas ampliada pela hermenêutica, o que se deve é aferir onde estão as normas constitucionais que mais completamente exprimem (pela sua força normativa e legitimidade histórico-moral) a ideia dos seus *fundamentos*, pois estes é que viabilizam um mínimo respeito aos direitos fundamentais.

Se o corpo constituinte careceu de legitimidade, todo o tecido normativo da Constituição terá dificuldades de legitimar-se, pois a "invenção" do

sistema estará mais distante da realidade da vida e não fundará vínculos de tolerância, solidariedade e consenso, capazes de fazer a ordem (que é sempre contraditória) funcionar. Parece ter sido esta a debilidade da Constituição "polaca" de 1937[45] e mesmo da Constituição de 1967 no nosso país.

A força que o constituinte imprimiu na norma revela-se, por esta relação, como *conteúdo* (ou essência) do discurso constitucional e como *forma* (ou estética) constituída. Mas o constituinte só funda a ordem jurídica nova se conseguir minimamente distribuí-la, tanto pela força coativa da lei como por consenso adjudicado ao senso comum, já que é o senso comum, não o argumento dos especialistas, que empresta universalidade ao que é legítimo.

O sistema normativo que o corpo constituinte instaurou também deve ser capaz de aproximar a abstração da norma da vida social real. O seu poder de eficácia, ou seja, o quanto os direitos fundamentais têm de verdadeiros ou de retóricos (como povo só formalmente acolhido ou como "povo empírico") e o quanto ele, povo, transformou as suas demandas em direitos é o que proporciona maior ou menor adesão das maiorias ao conjunto do direito constituído.

No Título II (dos direitos e garantias fundamentais), Capítulo I, da Carta de 88, estão inseridos os "fundamentos" mais gerais de toda a Carta. Seu artigo lapidar, que orienta a leitura de toda a Constituição, está assim redigido: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:...".

O arrolamento dos "direitos fundamentais" constantes da Carta de 88 é precedido, não gratuitamente, da afirmação do *princípio da igualdade formal* e do *princípio da inviolabilidade dos direitos*. Na verdade, aquele elenco de direitos fundamentais é dependente. Eles só são realizáveis, mesmo em parte, se estiverem cercados pelo princípio da "igualdade formal" e também protegidos pelo dogma da "inviolabilidade". Ambos constam do art. 5º da CF.

O humanismo moderno foi profundamente subversivo e internacionalista, pois ao declarar a igualdade dos homens, para que os homens se façam iguais, criou um Direito que foi nesta direção e subverteu a desigualdade "naturalizada" pelos antigos, através do escravismo e da relação servil.

A igualdade perante a lei quer trazer para a vida social, ordenada pelo Direito, o reconhecimento básico da concepção de mundo do humanismo moderno. Para que isso seja possível as leituras da norma fundamental originária reportaram-se, na modernidade, ao *homem em abstrato*, não aos homens concretos de um certo país.

Valem os textos lapidares de Fábio Comparato: “Em seu famoso panfleto de 1797 (*Considérations sur la France*, cap. VI), Joseph de Maistre, recusando com desdém a referência constante das Constituições da França revolucionária ao homem abstrato, observou causticamente: “A Constituição de 1795, tal como as que a precederam, é feita para o homem no mundo. Em minha vida, vi franceses, italianos, russos etc.: (...) mas quanto ao homem, declaro que nunca o encontrei em minha vida; se ele existe, eu o ignoro completamente”.

> “Como declarou Robespierre na sessão de 10 de maio de 1793 da Convenção, discutindo o projeto de Constituição que seria adotado em junho do mesmo ano, “de nada vale que a lei preste uma homenagem hipócrita à igualdade dos direitos, se a mais imperiosa de todas as leis, a da necessidade, força a parte mais sadia e mais numerosa do povo a renunciar a ela”. No mesmo diapasão, Marx ironizou, em *A questão judaica*, que o princípio da igualdade, tal como definido na mesma Constituição francesa de 1795, significava, simplesmente, que “todo homem é considerado, de modo idêntico, como uma mônada ensimesmada”.
>
> “Preliminarmente, porém, é de se ressaltar que a isonomia é um princípio jurídico, que dá nascimento a direitos determinados. Estes, portanto, representam a concretização ou aplicação particular do princípio, sem esgotar, obviamente, a sua eficácia. Na Constituição brasileira de 1988, essa distinção técnica foi corretamente feita. O art. 5º inicia-se com o enunciado do princípio da isonomia, à luz do qual devem ser compreendidos todos os direitos fundamentais em espécie, declarados em inciso do mesmo artigo, ou em outras disposições. O pressuposto básico é o de que esses direitos são sempre reconhecidos a todos, em igualdade de condições; nunca, pois, a alguns apenas, ou a uns mais do que a outros.” [46]

Aqueles dois grandes “fundamentos” da ordem constitucional moderna – *igualdade formal* e *inviolabilidade dos direitos* – são o estímulo principal

para que o povo participe do "consenso", pois eles sintetizam uma dupla determinação para cada subsistema da ordem: a legitimidade política da busca da *igualdade dentro da ordem*; e a *inviolabilidade dos direitos*, inclusive pelo próprio Estado, que representa a ordem.

A *igualdade formal* e a *inviolabilidade* subordinam todos ao soberano originário, o povo, que é ficção jurídica, mas também é ser empírico, no processo democrático que constituiu a Carta. As políticas públicas dos governos, as políticas do Estado, as decisões dos Tribunais e os processos legislativos, portanto, estão vinculados[47] aos *direitos fundamentais* (independentemente da sua maior ou menor nitidez técnica), pois o que vale é o conteúdo originário dos princípios, que ascenderam ao sistema normativo, determinados historicamente como direitos legítimos[48].

Através destes fundamentos é possível, ao mesmo tempo, reconhecer a "dogmatização do direito" moderno, fundado na Constituição, e abrir uma "crítica à dogmática tradicional do positivismo jurídico".[49] Este obstrui os princípios emancipatórios contidos numa hermenêutica aberta e limita-se à interpretação, baseada na hierarquia formal do sistema legal, a partir da visão normativista "pura" de Kelsen, que aqui mostra as limitações da sua "teoria científica".

O reconhecimento da hiperinfluência dos "fundamentos", mesmo na interpretação dogmática do sistema, implica conceber "que um argumento é juridicamente aceitável se e à medida que toma por base uma norma jurídica do sistema (...) isso não implica que não se possa rejeitar esta ou aquela norma jurídica, mas sim que uma norma jurídica só pode ser recusada com base em outra norma jurídica"[50].

O povo, inscrito como força política "na natureza singular do presente"[51], revela-se, nesta compreensão dos direitos fundamentais, sujeito ativo da superação das suas "necessidades" e desejos, emprestando poder e prestígio à Constituição[52], porque vê nela o "poder ser", que lhe permite a expectativa de superar aquela adversa natureza singular do presente. Lembra José Afonso Silva, quanto aos direitos fundamentais, que o "mais adequado seria chamá-los de *normas fundamentais*, de que as normas particulares são mero desdobramento analítico", *logo vinculadas ao seu conteúdo e aos princípios que as inspiraram*[53].

O discurso jurídico, quando refere ao mundo das normas, ao mesmo tempo em que integra o "mundo da vida", separa-se dele. E também se

volta sobre este “mundo da vida”, para também determiná-lo: *norma abstrata e mundo real podem, assim, separar-se por opção metodológica, mas compõem a mesma totalidade social. Sujeito* e *objeto* fundem-se e separam-se, assimilam-se e recriam-se, sem aceitar a separação arbitrária (metafísica), na qual a *norma* e o *sujeito* no mundo real têm o papel, este, o sujeito, de *observador;* e aquela, *a norma*, de *observada*, sem integrar-se, ambos, como momentos constituintes da “práxis”.

O social real, do qual emergiu a Constituição (inclusive pelos “costumes”, segundo Kelsen), portanto, é vítima de um ardil do sujeito. A incidência consciente do sujeito sobre o mundo torna-o sempre mutante, e o mundo real, então, torna-se sempre alvo de uma espécie de “vingança” da consciência: aquilo que o real imprimiu na consciência do homem passou a integrá-lo para uma nova dimensão da “práxis”, constituindo novas realidades. Os elementos puramente formais do Estado de Direito também contêm influências de forças normativas endógenas à forma da Constituição [54], eis que “forma e conteúdo se convertem incessantemente um no outro” (Hegel).

Assim, os “fundamentos” da Constituição, ao mesmo tempo em que estão aprisionados pelos princípios da Constituição, serão sempre revividos por novos impasses, nos sucessivos encontros com o “mundo da vida”. Neste, *os direitos exigíveis pelos destinatários adquirem outros conteúdos, que não são necessariamente os mesmos, em cada período de vigência da Constituição.*

Os marcos normativos da Constituição, em cada período histórico (como expressões renovadas da “grundnorm”, segundo Kelsen), ora refletem mais fortemente o protagonismo constituinte da força do “povo empírico”, ora privilegiam os segmentos econômica e politicamente mais fortes, seja pela sua força bruta no terreno econômico, seja pelo seu poder de usar a força para arbitrar a violência, como no caso da transição dos regimes autoritários.

À medida que a Constituição incide sobre a vida social, modifica o futuro dos acontecimentos e obriga uma releitura do passado, que ela mesma fez presumir, quando foi gestada pelo povo soberano. O direito de exigir a “função social da propriedade” (art. 170, III, da CF), por exemplo, terá amplitude e alcances diferentes, segundo a função social concreta que a propriedade tenha adquirido no período histórico em questão.

No momento que o juízo sobre a "função social" da propriedade é colocado em xeque pelos diferentes sujeitos em conflito, emerge a força dos *fundamentos* e tanto a *igualdade formal* como o dogma de *inviolabilidade* incidem sobre as expectativas de cada sujeito de direitos, que querem ver as suas necessidades contempladas.

A boa Constituição expressa, então, como norma e Direito (assim como a boa música) um desafio sempre renovado: *os "fundamentos" do seu consenso originário são, ao mesmo tempo, presentes e visíveis, mas também sempre inexprimíveis de forma completa no discurso normativo da presente Constituição*. Ao mesmo tempo que ela se reporta para regular a vida social real, ela também reage sobre a ordem social-natural que gerou a Constituição para refazê-la mais adiante, na superação dos desequilíbrios do presente.

6. O fundamento da igualdade legítima

Em cada período histórico os grupos hegemônicos (também o "povo empírico") variam as suas estratégias para promover consensos. Variam, tanto no que diz respeito ao uso da força para *limitar a expansão da igualdade* como também para *reforçar a legitimidade* das demandas contra a ordem, para sua conservação, ou para sua reforma ou revolução.

A busca de uma compreensão superior da legitimidade, que vá além da justificação pela dança linear das formas (para que a Constituição seja reconhecida como legítima), é papel da filosofia do Direito. A filosofia do Direito antecede a "ciência do Direito", da qual emerge a dogmática jurídica do Iluminismo, tanto para escolha dos pressupostos metodológicos na abordagem do jurídico, como antecede a própria história do Direito moderno.

Como categoria filosófica, que só pode ser inteiramente compreendida a partir de pressupostos ontológicos, a legitimidade de um sistema de normas só pode ser extraída de uma concepção mais geral de mundo, que não se circunscreve ao terreno específico do Direito. A legitimidade, como categoria filosófica histórico-universal, só pode ser fundamentada na concepção de mundo *que aceita que os homens, iguais na sua naturalidade histórico-antropológica, devem ser socialmente iguais, o que implica a*

aceitação prévia de um dever ser "contido na norma", que dá o fundamento ontológico do que é legítimo.

Na contracorrente do marxismo vulgar, Lukács introduziu no pensamento dialético a riqueza de algumas categorias filosóficas, largamente utilizadas por Hegel, para uma possível aproximação da filosofia com a dogmática jurídica, ou seja, da teoria filosófica com a "ciência jurídica". Esta aproximação parte do reconhecimento de que a *dogmática jurídica* é um dos momentos – não o único – constitutivos da teoria da Constituição democrática.

As categorias lukacsianas implodem as bases metodológicas do materialismo vulgar, que aliás não teve qualquer influência construtiva na filosofia do Direito. Enquanto contribuições heterodoxas, de Gramsci, Lukács, Renner e Bloch, impulsionaram um pensamento crítico para a formação de uma nova racionalidade humanista, inclusive com importantes contribuições para a teoria da democracia.

É evidente que não existe um só "marxismo", mesmo na vasta obra de Marx. Assim como não existe um só "positivismo" ou uma só filosofia existencialista. O Lukács maduro, que "trabalhava" por dentro do marxismo oficial, como dissidente moderado às vezes e, em outras oportunidades, como rebelde "perigoso", representou, com todas as suas ambiguidades, um vínculo da filosofia de Marx com as grandes vertentes do humanismo democrático.

Estes vínculos constituem um dos bons mananciais da filosofia moderna, pois a criatividade "herética" de Lukács não permitiu que o "dogmatismo" naturalista-positivista e o "economicismo" obscurecessem a obra marxiana, que, em variados aspectos – como na teoria da alienação e da exploração capitalista – demonstra ainda grande vitalidade.

Dentre as categorias largamente utilizadas na obra de Lukács – a "mediação", a "particularidade" e o "universal concreto"[55] – interessa-nos sobremaneira uma: a categoria da "mediação". Ela pode ter larga interferência na reflexão jusfilosófica, na teoria política em geral e mais especificamente na crítica da Teoria Geral do Estado, tal qual os juristas iluministas a conceberam.

A "mediação" tanto pode ser tomada como um ponto de partida metodológico (ou seja, como momento de *trânsito* de um para outro fenômeno) como pode ser entendida como uma categoria "pura" (ou seja,

compreendendo-a como *uma referência direta a um "ser"*), mediando outras determinações.

Explico-me: pela primeira possibilidade – como ponto de partida metodológico – introduzo no filosofar um movimento de *ultrapassagem*. Por exemplo, de uma *categoria da política* para a *economia*: uma *greve econômica* analisada na sua dimensão *política* pode ser a referência deste primeiro caso. Pela segunda possibilidade, como uma categoria "pura", posso visualizar a *norma legal – ela mesma* – como "*mediação*" *da vontade estatal*, legitimadora de uma certa dominação ou expressão de um direito democrático. Aqui a própria lei é a "mediação" de um conjunto de relações culturais, econômicas e políticas.

O discurso da igualdade, cristalizado no princípio mediador da igualdade formal, é por isso compatível com a democracia no regime da produção capitalista. Ao contrário do que difunde um certo senso comum, o discurso da igualdade não é um discurso socialista. Para compreendê-lo é preciso observá-lo como "mediação" de relações sociais e econômicas, quando ele opera como um discurso *democrático*, introduzido na modernidade pela Revolução Francesa. Lá está em Goethe no seu "Hermann e Dorothea", escrito logo após o seu hino ao humanismo burguês "Wilhelm Meister"[56], uma apologia da igualdade. O poema mostra uma contradição interessante do conceito de igualdade no mundo moderno: "Quando se ouviu falar dos direitos humanos, / a todos os comuns, / da *liberdade entusiástica* e da *louvável igualdade*! / Cada um esperou então *viver a si mesmo*; pareceu / desatar-se o laço que enredava tantas terras, / que trazia presos à mão o ócio e o egoísmo".

No poema de Goethe está a ambiguidade democrático-revolucionária do Iluminismo, que se assentava – como cultura jurídica e política – na "liberdade entusiástica" (política), que perseguia a "louvável" igualdade (abstrata entre sujeitos) e tinha como ponto de partida o culto aos direitos do indivíduo-cidadão ("viver a si mesmo"). Este culto se opunha, então, à proteção servil e à "menoridade" geral dos pobres e camponeses, perante os privilégios de casta e família, que caracterizavam tanto as instituições do clero como da nobreza.

A grande revolução da sociedade capitalista moderna, quando a produção e o comércio superaram as relações circunscritas ao âmbito de um território (do clero ou da nobreza), ocorre quando os objetos (já mercadorias) são

produzidos *para um mercado em geral cada vez mais amplo*. Os direitos fundamentais encaminham historicamente a "louvável igualdade", então, num mercado cada vez mais amplo até chegar à "globalização" da economia de mercado e, portanto, quando a sua própria crise revela a necessidade da sua expansão.

Os homens, então, em condições dadas, *escolhem* uma "mediação". Geralmente optam pela mais provável e eficiente e que, nos casos concretos, possam amparar vínculos que necessitem de um *reconhecimento preliminar de igualdade*, para uma troca que é, ao mesmo tempo, *legítima*, politicamente *livre*, mas também *desigual* e que precisa ser chancelada a partir do reconhecimento da igualdade dos sujeitos capazes.

Assim, a "importância dos direitos fundamentais que expressam (...) os fundamentos da igualdade e da inviolabilidade (...) é tal que, inclusive, se diz que a lei deixou de ser fonte de legitimação dos direitos, e hoje são estes os que legitimam e dão sentido às leis. Por esta razão, o clamor de milhões de pessoas que se veem vulneráveis em seus direitos nos faz pensar na urgência de uma ordem normativa que faça frente às múltiplas violações de direitos fundamentais que se apresentam hoje em dia. Seria a única forma de legitimar um sistema jurídico supranacional e as instituições que podem derivar dele"[57].

São direitos que derivaram não só da necessidade de mediações complexas, capazes de "juridificar" as conexões que se estabelecem, através de formas cada vez mais ricas (os diversos modos de troca) e universais (a integração radical do mercado mundial), como também se originaram de um *discurso legitimador*. Este discurso legitimador carrega "valores" para dentro das relações de intercâmbio, nas quais "as mercadorias não podem ir sós ao mercado. Devem trocar-se, mas não podem decidir sós seu intercâmbio. Os bens heterogêneos na forma de mercadoria precisam de um sujeito falante que os represente"[58].

Em cada troca deve, necessariamente, estar prevista uma reserva de acumulação, para a reposição do capital e do lucro, pois se a troca fosse entre valores economicamente iguais, a reprodução estancaria. A complexidade deste processo é ainda mais rica nas diversas variações com que o Direito acolhe a igualdade formal: "se o princípio da igualdade exige que o legislador não possa distinguir, isso não implica que a lei deva tratar a todos como abstratamente iguais. O tratamento igual não resulta de serem

as pessoas inteiramente iguais – o que não é real – mas a igualdade considerada concerne a aspectos ponderados pela norma, pois as pessoas tidas por iguais podem, obviamente, ser diferentes em outras características desprezadas pelo legislador. Não seria demais lembrar que igualdade e desigualdade são conceitos relativos. Cumpre, ainda, ponderar – o que é sapiência antiga – *que o princípio da isonomia, que concede igual tratamento da lei aos iguais, atribui, também, tratamento desigual aos desiguais na medida em que se desigualam*"[59].

Esta *isonomia* (aplicada de forma criativa para ser isonômica) na legislação trabalhista protege o trabalhador, mas no mercado financeiro protege o mercado, não o investidor. Isso ocorre independentemente da condição social do investidor, porque ele, embora em regra seja a parte mais "fraca" perante o mercado, é quem livremente assume o "risco" de uma relação jurídica, que é necessariamente multilateral, cuja natureza do seu funcionamento é a imprevisibilidade, para que o sistema como um todo continue a existir e reproduzir-se. Tais condições da ordem (todos são iguais perante o imprevisível) reforçam a importância de uma "mediação" legitimadora, que só pode ser obtida pelo discurso do Direito, reportado também aos seus "fundamentos".

A igualdade jurídica, então, é o sustentáculo desta mediação. Ela precisa consagrar uma relação desigual e chancelar uma dinâmica necessária da ordem econômica capitalista, o que jamais seria possível sem criar *uma consciência da igualdade*. Mas eis aqui uma nova chave: *a consciência da igualdade ficta não se resume à sua reprodução como pura ficção, pois, como consciência de sujeito que "escolhe entre alternativas", não reproduz a pura necessidade da esfera econômica*.

A consciência da igualdade foge, então, do reino da necessidade econômica para tornar-se um valor político, fundamento jurídico e instituição civilizatória. A partir daí o Direito pode criar, e em regra o faz, um outro discurso capaz de incidir de maneira rebelde contra a própria desigualdade social. Esta precisa, permanentemente, *suscitar a ficção da igualdade jurídica para ser aceita como legítima desigualdade real. A estabilização dos contratos e a eficácia do conjunto das relações jurídicas dependem desta mediação.*

A "mediação" do "apelo à igualdade" torna-se, assim, não mais uma categoria subordinada ao cálculo econômico e adquire um sentido histórico-

social superior à sua função puramente mercantil. Ela faz uma "ultrapassagem": vai do mundo "puro" das relações de mercado para o mundo "tenso" da emocionalidade, da política, da cultura. Torna-se meta programática e valor ético-político que se projeta na Constituição: "A Constituição, no dizer de Konrad Hesse, não configura apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fácticas de sua vigência (...) procurando imprimir ordem e conformação à realidade política e social".[60]

A igualdade, que era ficção e mera categoria econômica, entra na vida social como "instituição" e fundamento de referência direta a um "ser", e é deduzida em programas de governo e é exigida – nas políticas públicas – por demandas de grupos, movimentos e indivíduos, tornando-se inclusive parte do bom-senso comum.

A aplicabilidade concreta deste princípio da igualdade é baseada na complexidade coerente do sistema normativo, pois "é simplesmente ilógico, irracional, buscar em elemento estranho a uma dada situação, alheio a ela, o fator de sua peculiarização. Se os fatores externos à sua fisionomia são diversos (quais os vários instantes temporais) então, percebe-se, a todas as luzes, que eles é que se distinguem e não as situações propriamente ditas. Ora, o princípio da isonomia preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais. Donde não há como desequiparar pessoas e situações, quando nelas não se encontram fatores desiguais".[61]

A igualdade fez, então, um longo percurso de ultrapassagem: de legitimadora de uma relação desigual entre dois ou mais sujeitos, inscritos numa relação mercantil, tornou-se referencial da socialização de direitos; *de igualdade ficta para intento de igualdade real "pensada", programada inclusive como reguladora de uma ordem ainda não existente.*

Como se vê, a igualdade formal não pode ser entendida como mero "embuste" da ordem jurídico-normativa do capitalismo, mas deve ser compreendida como uma instituição democrática e revolucionária sem precedentes do Direito moderno.

A compreensão desta "armadilha" emancipatória, que o próprio homem produziu contra a legalidade de bronze da economia, é um momento grandioso da "práxis", capaz de irradiar seus efeitos sobre o conjunto das relações públicas e privadas. Ao interferir em outras categorias do Direito, a

igualdade formal torna-se cada vez mais distante da condição de mera mediadora da dominação, como quis o marxismo vulgar, e mais próxima de induzir uma igualdade real, que jamais será realizada, mas que recorrentemente aproximará a sociedade do mais justo possível.

Por isso, aquele tipo de filosofia (que usa as categorias econômicas no âmbito do Direito e através delas critica o Direito Iluminista) foi incapaz de construir uma nova filosofia do direito e um novo Direito, mais libertador que o Direito Iluminista, e, assim, portador de uma nova teoria democrática do Estado. A impossibilidade de compreender o sujeito como promotor consciente da história e das consequências empíricas daquilo que é o "lado ativo do conhecimento" estava na base desta incompreensão.

As passagens, trânsitos, conexões, entre esferas, níveis e categorias ignoradas por esta filosofia mecanicista eram suplantadas, segundo seus epígonos, por uma visão de que os desequilíbrios e as violências eram somente *"sintomas" de um "mundo natural" que marchava em direção à igualdade real*, o que implicava concluir que as próprias "leis de desenvolvimento econômico e social" eram compreendidas "cientificamente" como *autênticas* "leis naturais".

Tudo custou muito caro para que continuemos simplificando a questão da igualdade jurídica, ao tomá-la como uma espécie de armadilha do "status quo". Uma armadilha que outorgaria uma "sensação" de igualdade, para manter os privilégios que marcam a desigualdade real. Assim como é muito simplificador considerar o princípio da igualdade formal como fundamento exclusivo de padrões superiores de igualdade numa nova sociedade, também o é considerar este princípio um embuste da ordem.

Os padrões superiores de igualdade serão resultado de um processo, que tanto converte a política em Direito, como Direito em política, e cujas instituições também derivam de outra esfera (utópica) de necessidades, na qual valores morais e econômicos convertem-se um no outro, com a predominância dos primeiros. Na questão da "troca entre equivalentes", que a igualdade formal outorga *coerência* e adiciona *valor*, fica clara esta hipótese quando – por exemplo – examinamos o intercâmbio de seres humanos como "res".

Diferentemente do que ocorre no regime de produção capitalista moderno, uma relação jurídica de "venda" de um ser humano não tem o seu valor econômico garantido pelo princípio da igualdade formal. A não aceitação,

pela ordem jurídica, da legalidade deste intercâmbio, que é tipificado como criminoso (em função dos valores ético-morais aderidos à ordem), a aferição do "valor de troca" do ser humano no "mercado" (ilegal) é resultado de outras determinações.

Ocorre que o intercâmbio que não é garantido pela legalidade formal *não é passível de ser considerado como intercâmbio de "equivalentes"*. Se o *valor de uso* é estipulado por um conjunto de determinações sociais e o *valor de troca* tende a ser o seu reflexo aproximado, no caso da compra e venda criminosa de uma pessoa, o nexo primário da "compra e venda" não está na "malha fina" regulatória do Direito[62]. *Sendo assim não pode internalizar uma norma destinada aos negócios do capitalismo moderno, fundado na liberdade do homem das velhas amarras servis e escravocratas.*

O princípio da *inviolabilidade dos direitos*, nesta circunstância, avança sobre a relação ilegal de compra e venda e anula o *princípio da igualdade formal*. Assim, consagrando-o como conquista civilizatória no caso concreto, *não para regulá-lo, mas para criminalizá-lo*.

A relação jurídica aceita na antiguidade não pode integrar o processo de reprodução capitalista, pois isso impede a racionalidade do sistema e desiguala os interesses concorrentes. *A impossibilidade de interferência da igualdade formal, numa relação em que o ser humano é objeto de venda, retira, assim, o intercâmbio do ser humano da condição de mercadoria do mercado capitalista*: mercadoria pode ser a sua *força de trabalho*, mas não ele, o proprietário desta força.

O ser humano, ali postado como mercadoria, está, então, numa relação jurídica que não é mediada pelo Direito 'igual', o que obstrui a aplicação do *princípio* de modo pleno, *porque é preciso reconhecer todos os homens como sujeitos de direito e ele, homem (ali postado como coisa), é uma falsa "coisa" (para a reprodução do sistema capitalista) e é um sujeito de direitos invioláveis.*

Direito e Economia, assim relacionados, transformam o *valor econômico* em *valor civilizatório*. O princípio da inviolabilidade traz o princípio da igualdade formal para o sistema normativo, fundindo assim *inviolabilidade* e *igualdade*, como um refinado princípio emancipatório que se capilariza por toda a ordem jurídica e sobrepõe os valores ético-morais ao mercado capitalista, que passa a ser também uma necessidade do próprio capital.

7. O povo empírico e as formas. O verdadeiro autor da “grundnorm”

Em quaisquer das vertentes do Estado de Direito, nas quais o povo não funcione apenas “como metáfora” e apareça também como forte “sujeito político empírico”, como reclama Friedrich Müller[63], os fundamentos da legitimidade, como já se explicitou, também aparecem através das *formas* da Constituição. Elas é que canalizam, a favor do sujeito empírico, tanto alguma limitação do poder soberano que vai ser constituído[64] como meios para proporcionar maior *efetividade* à Constituição.

A distinção extrema entre um Estado de fato – que se apresenta romanticamente como encarnação do Direito produzido pelo povo – e o Estado de Direito, gerado pelo poder constituinte soberano, é que na formação do Estado de fato não foi permitido que o “povo empírico” limite, formalmente, o poder soberano que a Constituição vai delegar ao Estado.

A “irrelevância das formas” (onde se insere a irrelevância do “princípio da igualdade formal”), que Schmitt prescreveu no “Führer protege o Direito”, já estava na crítica que ele procedeu à Constituição de Weimar. Foi quando o jurista do nacional-socialismo disse: “a vontade do povo alemão – portanto, uma coisa existencial – funda a unidade política e jurídica, mais além das contradições sistemáticas, incongruências e obscuridades das leis constitucionais concretas. A Constituição de Weimar vale porque o povo alemão resolveu assim”.[65]

Esta depreciação arbitrária das formas em Schmitt tem a sua contrapartida teórica (na “esquerda”) em Stucka[66], filósofo do Direito do marxismo vulgar. Stucka promove uma identidade quase mecânica entre as *relações jurídicas* e as *relações econômicas*, para as quais o Direito, enquanto especificidade normativa, adquire a sua vigência formal e sua eficácia.

Trata-se do conhecido “edifício”, no qual uma superestrutura (jurídica e política) “ergue-se” sobre a base econômico-material. Esta teoria da vinculação direta do Direito, como estrutura normativa que “corresponde” a uma “base material”, acomodaria, portanto, as dominações de classe (“burguesa” ou “proletária”) segundo o grau de domínio das classes sociais sobre as relações de produção.

Tanto em Schmitt quanto em Stucka, em consequência, as formas

jurídicas – que são os condutos pelos quais os fundamentos da Constituição política irrigam todo o Direito – são totalmente secundárias. No primeiro caso, porque elas interferem para exclusivamente vincular (artificialmente) a vontade do povo com a do Führer. Vontade que é refletida pela decisão legitimante do Führer.[67] No segundo caso, porque da economia (presumidamente sob a direção "proletária") emergiria *diretamente* a forma jurídica nova, para uma nova dominação de classe. Neste caso, a experiência das revoluções ditas proletárias do século XX demonstra que as "formas jurídicas novas" foram imitações caricaturais das instituições jurídicas da revolução iluminista.

Ambos os totalitarismos não promoveram, na produção do Direito, a força de vontade do "povo empírico", através de processos apoiados em meios de aferição universal. Como decorrência, os "fundamentos" das suas ordens constitucionais estão centrados na pura força legitimadora do Estado concreto e não fora dele, por subjetivação orgânica do povo, através de ações engendradas pela consciência e pela cultura. Nas ditaduras, *igualdade formal* e *inviolabilidade* não são fundamentos da ordem, mas só *retórica normativa*.

Não nos enganemos, porém, aceitando os reptos de inculpação de "totalitarismo" à filosofia hegeliana do Estado ou à filosofia marxista, enquanto "teoria do Estado" (originárias dos dois grandes filósofos). Estas imprecações não têm fundamento. Na sua concepção de soberania, "Hegel parte do Estado e 'faz do homem o Estado no homem objetivado' (...), pois para ele o Estado cria a sociedade civil e funda os indivíduos na estabilidade estatal, que lhe dá forma e vida, e, para Marx, 'a democracia parte do homem e converte o Estado no homem objetivado'"[68], tomado como singularidade na classe.

Se, para Hegel, o cidadão só é membro da sociedade civil porque o Estado moderno assim o confere, logo, o cidadão é um cidadão do Estado, para Marx este – o "citoyen" – só o é porque nas relações mercantis capitalistas ele precisa igualar-se formalmente ao outro, para intercambiar, o que só pode ser feito com o *reconhecimento*, pelo Estado, da sua singularidade subjetiva. Quem confere, para Marx, esta "igualdade" formal para o intercâmbio é o direito do Estado, sem o qual não haveria segurança jurídica para as relações de troca. Logo, para Marx, é o Estado que confere concretude ao homem singularizado pelo Direito.

Para ambos, portanto, "o Estado é a realidade da liberdade concreta": para Hegel, como *suprema produção da racionalidade*, fonte da razão e da existência formal da sociedade civil e dos indivíduos singulares, como sujeitos de deveres e direitos; para Marx, como o *"absoluto" do qual emana a ordem jurídica*, exigida pelas relações de produção e pelo próprio estatuto das individualidades. A diferença está em que, para Marx, esta situação precede a ditadura da "classe universal" (o proletariado) e a extinção do Estado, enquanto Estado político. Para Hegel, o Estado moderno já é a realização do espírito universal no tempo. As consequências deste encontro contraditório – em ambos o Estado como integração da necessidade com a liberdade – são opostas às concepções flagradas nas ideologias da pós-modernidade.

Na verdade, ainda são incertos os conceitos com os quais se deve trabalhar, para ao mesmo tempo conservar e superar o iluminismo revolucionário, sem deixar-se seduzir pela fragmentação pós-moderna. Isto porque só da interatividade da "dialética entre o pensamento e a ação"[69] (aqui tomada também como reelaboração da base metodológica que orienta as relações entre hermenêutica e dogmática) é que se poderá forjar fundamentos teóricos para uma etapa superior do Estado Democrático de Direito.

Esta larga trajetória já foi iniciada. Não só pela emergência, no Direito do Trabalho, entre outras, da *regra da inversão das fontes formais* – no âmbito do princípio de proteção ao hipossuficiente – como também pela jurisprudência democrática de vanguarda. *Nela, o princípio tira a eficácia da lei, no caso concreto, sem atingir a sua vigência, ou mesmo expande a sua eficácia para mais além da pauta da igualdade formal, preservando a essência dos direitos fundamentais.*

Esta crise, portanto, que é conjunta da democracia e do Direito, traz uma rica possibilidade. Ela não é, isoladamente, crise da democracia como teoria política das decisões majoritárias, que também protege as minorias. Nem é crise do Direito, como sistema que institui princípios que defendem a dignidade humana e a igualdade. É a *crise da democracia, na sua relação com o sistema de normas* do Direito Pressuposto e do Direito Posto, que se configurou já numa armadura que tende a proteger privilégios[70].

Alguns autores sustentam que "o novo paradigma do Direito, instituído pelo Estado Democrático de Direito, é nitidamente incompatível com a

velha teoria das fontes, com a plenipotenciariedade dos discursos de fundamentação, sustentada no predomínio da regra e no desprezo pelos discursos de aplicação, e, finalmente, com o modo de interpretação fundado (ainda) nos paradigmas aristotélico-tomistas e da filosofia da consciência (lastreados no esquema sujeito-objeto). Assim, a teoria positivista das fontes vem a ser superada pela Constituição (veja-se aqui o problema da dicotomia vigência-validade); a velha teoria da norma cederá lugar à superação da regra pelo princípio (veja-se a indevida separação entre regra e princípio, ignorando que atrás de cada regra sempre há um princípio); e, por último, o velho *modus* interpretativo subsuntivo-dedutivo – fundado na relação epistemológica sujeito-objeto – dará lugar ao giro linguístico-ontológico (*ontologische Wendung*), fundado na intersubjetividade (perspectiva da hermenêutica filosófica)”[71].

As grandes teorias modernas – de Hegel e Marx passando por Habermas e Konrad Hesse – podem ser fontes para reiniciar uma projeção dos valores do iluminismo na construção de novos paradigmas neoiluministas. Estes só farão jus à tradição das luzes se, ao mesmo tempo, *responderem* e também (para ter incidência no “mundo de vida”) *negarem*, na sua formulação, à fragmentação histórica criada pelo esgotamento da totalidade da modernidade. Esta, carente de um novo nexo histórico-universal (que se perdeu com a redução das chamas das “luzes”), só poderá ser reconstruída como democracia universal, *na qual a força do Direito sobrepuje a economia; a força da consciência supere a materialidade adversa; e a força da utopia humanista engendre uma resposta ao “espírito do tempo” impresso, agora, no movimento do capital financeiro globalizado.*

O novo universal concreto, a nova totalidade, portanto, é a “ditadura” da consciência democrática, humanizada pelo Direito, na democracia universal. Assim, estaremos nos voltando contra a constatação de que “no direito, a temática já não é a liberdade individual e seus limites, como no Estado liberal, ou a intervenção estatal e seus limites, como no ‘welfare state’ e no qual liberdade e igualdade já não são os ícones da temporada. A própria lei caiu no desprestígio. No direito público, a nova onda é a governabilidade. Fala-se em desconstituição, delegificação, desregulamentação. No direito privado, o Código Civil perde sua centralidade, superado por múltiplos microssistemas. Nas relações comerciais revive-se a *lex mercatoria*. A segurança jurídica – e seus conceitos essenciais, como o direito adquirido – sofre o sobressalto da

velocidade, do imediatismo e das interpretações pragmáticas embaladas pela ameaça do horror econômico. As fórmulas abstratas da lei e a discrição judicial já não trazem todas as respostas. O paradigma jurídico que já passara, na modernidade, da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido”[72].

Os poderosos fundamentos da “inviolabilidade dos direitos” e da “igualdade perante a lei” constituem o alicerce da recuperação da dignidade do Direito e do império da legalidade construída com legitimidade.

1 Tarso Genro nasceu em São Borja (RS), em 6 de março de 1947. Graduou-se em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (RS) e especializou-se em Direito Trabalhista. Em 1968 iniciou suas atividades em militância política. Foi prefeito de Porto Alegre por dois mandatos (1992/1996 e 2001/2002) e deputado federal. Convidado a integrar o Governo Lula, Tarso Genro foi titular da Secretaria Especial do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social (2003), Ministro da Educação (2004-2005) e Ministro de Relações Institucionais (2006). Em 2007, tomou posse como Ministro da Justiça, posto que ocupou até 2010, fim do Governo Lula. Elegeu-se governador do Estado do Rio Grande do Sul, tomando posse em 2011.

2 RIBEIRO, Renato Janine. *A república*. São Paulo: Publifolha, 2001. p. 77. “A tese principal destes dois livros é que a república funciona pela vontade e a democracia, pelo desejo. A democracia expressa o desejo por mais. Bem orientado, esse desejo se converte em direito à igualdade, de bens, de oportunidades ou perante a lei. Já a república consiste na necessidade ou obrigação de refrear o próprio desejo, a fim de respeitar um bem comum que não é o patrimônio de uma sociedade por ações, mas o cerne do convívio social. Não há política digna desse nome, hoje, que não seja republicana e democrática. O problema é que as duas vertentes não se conciliam facilmente. Se tendermos à democracia, o desejo de igualdade, e o desejo em geral, poderá inviabilizar o investimento de longo prazo, o respeito ao outro, a contenção. A própria conversão do desejo em direito é um elemento republicano. Contudo, se enfatizarmos a república, poderá ser que o respeito à coisa pública se torne fim em si, e deixe de lado a igualdade: teremos uma república de juízes (ou promotores), sem o aquecimento que está na democracia”.

3 CATTANEO, Mario *A. El concepto de revolución en la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1968. p. 154-155: “Para Kelsen, como se viu, a revolução tem a função particular de mostrar claramente, ao vivo, o significado da norma fundamental: com a revolução produz-se a mudança da norma fundamental. Empregando as próprias palavras de Kelsen, ‘se se pergunta sobre qual coisa regula o conteúdo da norma fundamental que está na base de determinado ordenamento jurídico, uma análise que examina os juízos jurídicos nas suas últimas consequências demonstra que o conteúdo da norma fundamental descansa sobre aqueles elementos de fato que produziram o

ordenamento a que corresponde, até certo ponto, o comportamento efetivo desses homens aos quais refere-se o ordenamento mesmo'. Isso significa que a eficácia de todo o ordenamento jurídico é uma condição necessária para a validez de cada norma do ordenamento. A eficácia do ordenamento não é fundamento, mas condição da validez das normas. Estas últimas 'deixam de ser válidas não somente quando são abolidas de um modo constitucional, mas também, quando o ordenamento total deixa de ser eficaz... O princípio da legitimidade, portanto, está limitado pelo princípio da efetividade". A expressão aqui usada, "povo empírico" – extraída de Friedrich Müller –, refere-se àquela parte concreta da sociedade que se expressa na formação dos processos deliberativos, tanto através do voto como da abstenção consciente e das pressões coletivas, políticas ou corporativas, que concorrem para as decisões públicas advindas do governo.

4 CAPELLA, Juan Ramon. *Los ciudadanos siervos*. Madrid: Editorial Trotta, 1993. p. 65. "O 'modelo ateniense de democracia política' significou sem dúvida um grande avanço civilizatório, revelador de uma vida grupal ainda não centralmente militar, mas com boa agricultura, urbanizada, etc. Os prisioneiros de guerra não eram assassinados ou mutilados (os hititas faziam monumentos com os crânios dos inimigos derrotados) mas escravizados, utilizados em tarefas produtivas... O governo de Atenas não está em mãos de chefes militares; isto é uma das condições necessárias para a aplicação de princípios e processos incoativamente democráticos na designação dos cargos públicos. Limitadamente, sem dúvida: somente entre o reduzido grupo de cidadãos. Como é sabido, aqueles que realizavam materialmente o processo produtivo estavam excluídos do *demos*, igual às mulheres – esposas, filhas, mães – dos cidadãos varões e, por suposto, os demais. Esta dupla limitação mostra quão suspeito é o discurso idílico em uso sobre a democracia ateniense; um discurso que na realidade obstaculiza a adoção de um ponto de vista crítico acerca da situação atual dos processos de democratização".

5 DUSO, Giusepe. Introdução à parte V – O poder entre sociedade e Estado. In: *O poder – história da filosofia política moderna*. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 329. "O problema do poder constituinte revolucionário – como forma de articulação imediata da relação entre liberdade e igualdade – rompe, desde 1789, o encadeamento natural dos poderes intermediários e coloca diretamente uma diante da outra, soberania popular e poder constituído. O poder unitário e centralizador da monarquia absolutista é re-apropriado e re-articulado como emanação da vontade geral da nação".

6 WEINGARTNER NETO, Jayme. O Estado Democrático de Direito – Apontamentos histórico-críticos. In: *Revista da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público*. Porto Alegre, n. 01, 2007. p. 17: "Por diversas e plurais formas, que se manifestam na estabilidade, o direito procura domesticar o poder político, amoldando-se às peculiaridades de cada cultura. Assim, a doutrina costuma apontar ao menos três grandes vertentes, a saber: o mundo anglo-saxão (*Rule of Law*), a experiência francesa (*État légal*) e a construção germânica (*Rechtsstaat*). As duas primeiras visões, em uma narrativa sugestiva de Canotilho, abrem um leque de três variáveis em relação à dimensão genética das leis fundamentais (problemática do poder constituinte e experiências constituintes) – *revelar*, *dizer* ou *criar* uma constituição. A primeira fórmula, de *revelar* a norma, foi adotada pela Inglaterra, no clima medieval de desconfiança perante um poder constituinte, que preferiu garantir direitos e liberdades 'ao confirmar a existência' de privilégios e liberdades radicados em 'velhas leis' de direito (*the good old laws*) – normas consuetudinárias eventualmente consagradas em reduzidos documentos escritos. Era a busca de equilíbrio entre as várias forças medievais, de modo a garantir 'restaurativamente' os direitos 'radicados no tempo' e assegurar um 'governo moderado'. Ao revés, nos Estados Unidos, o poder constituinte afirma-se como categoria política central, plasmado no famoso preâmbulo *We the people*. Tratou-se de criar uma

constituição para dizer a norma, um corpo de regras superiores e invioláveis, o figurino de uma evidente ‘filosofia garantística’ em que a constituição ‘não é fundamentalmente um projeto para o futuro’, mas sim ‘uma forma de garantir direitos e de limitar poderes’”.

7 KELSEN, Hans. *A teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio, Fabris, Ed., 1986. p. 327: “Historicamente, a primeira Constituição foi estabelecida pela resolução de uma Assembleia, as pessoas são constituintes dessa Assembleia; nasceu a primeira Constituição, historicamente pela via do Costume, é este Costume, mais corretamente: são as pessoas, cuja conduta institui, historicamente, o Costume producente da primeira Constituição, que são autorizadas pela norma fundamental. É na norma fundamental – da, historicamente, primeira Constituição no mais profundo sentido, em que se baseia o ordenamento jurídico”.

8 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação /aplicação do direito*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. p. 279.

9 HABERMAS, Jürgen. *Mundo da vida, ethos democrático e mundialização*: a democracia deliberativa segundo Habermas. Disponível em: <http://www.geocities.com/nythamar/democracia.htlm>. Acesso em: 06 maio 2009. De acordo com Habermas, a questão da normatividade moral (formulada pela ética do discurso) deve ser articulada com a questão social e política da institucionalização de formas de vida, na própria concepção de um modelo integrado diferenciando o mundo sistêmico das instituições (definido pela capacidade de responder a exigências funcionais do meio social) do mundo da vida (isto é, das formas de reprodução cultural, societária e pessoal que são integradas através de normas consensualmente aceitas por todos os participantes) (HABERMAS, 1987a. p. 113-152). A grande questão que motiva tal modelo dual da sociedade é, para Habermas, a de dar conta dos complexos processos de reprodução social – material e simbólica – em seus diversos níveis de integração social, reprodução cultural e socialização interpessoal em face de mecanismos estruturais de controle – notadamente, poder e dinheiro, tais como os encontramos hoje na chamada globalização dos mercados econômicos e financeiros (HABERMAS, 1984. p. 107). Habermas procura, ao mesmo tempo, evitar um determinismo econômico (da *Überbau* pela *Unterbau*, na terminologia marxista) e acatar as contribuições sociológicas (em particular, de Weber, Durkheim e Parsons) para uma compreensão dos processos de diferenciação social, cultural e política, sem incorrer em formas sutis de funcionalismo. Assim, Habermas procura mostrar como o mundo da vida pode preservar um princípio de autonomia num nível público de normatividade e universalizabilidade, justificando a integração e diferenciação de instituições tais como a família, a sociedade civil, o Estado e organizações governamentais e não governamentais, com relação aos subsistemas econômicos, políticos e administrativos (HABERMAS, 1984; 1987a). Assim, a faticidade do mundo da vida, em particular, expressa numa cultura política democrática pluralista, deve ser compreendida de maneira correlata à normatividade e validade da autonomia pública, de forma a superar a atual crise paradigmática da democracia, especialmente a crise de legitimação que caracteriza o Estado moderno, sem incorrer nas aporias de uma crítica da ideologia ou diferentes versões de relativismo, ceticismo e historicismo em filosofia política.

10 KOSIK, Karel. *Dialética do concreto*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1926. p. 15: “O mundo da pseudoconcreticidade é um claro-escuro de verdade e engano. O seu elemento próprio é duplo sentido. O fenômeno indica a essência e, ao mesmo tempo, a esconde. A essência se manifesta no fenômeno, mas só de modo inadequado, parcial, ou apenas sob certos ângulos e aspectos. O fenômeno indica algo que não é ele mesmo e vive apenas graças ao seu contrário. A essência não se dá imediatamente; é mediata ao fenômeno e, portanto, se manifesta em algo diferente daquilo que é. A essência se manifesta no fenômeno. O fato de se manifestar no fenômeno revela seu movimento e demonstra que

a essência não é inerte nem passiva. Justamente por isso o fenômeno revela a essência . A manifestação da essência é precisamente a atividade do fenômeno".

11 SOUSA JÚNIOR, Jose Geraldo. *Movimentos sociais e práticas instituintes de direito: perspectivas para a pesquisa sociojurídica no Brasil*. Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2001. p. 495: "A proposta da Nova Escola insere-se na conjuntura de luta social e crítica teórica, como pensamento alternativo, heterodoxo e não conformista – voltado para uma concepção jurídica de transformação social. Trata-se de uma leitura dialética do fenômeno jurídico, cuja captação se dá num plano alargado de sua manifestação positivada, isto é, a partir da realidade plural de múltiplos ordenamentos sociais e do aparecer de seus respectivos projetos de organização política".

12 PÉREZ-BALTODANO, Andrés. *El regreso del sandinismo al poder y la cristalización del Estado-mara*. Nueva Sociedad, Argentina, n. 219, enero/febrero 2009. p. 4-5/8-9. "El debilitamiento político-institucional sufrido por Nicaragua a partir del fracasso del experimento revolucionario de los 80 generó las condiciones para la materialización de lo que aquí se identifica como el 'Estado-mara'. Se trata de um tipo de Estado que asume una serie de comportamientos, expresiones simbólicas y formas de organización propias de las pandillas centroamericanas conocidas como 'maras': una identidad negativa, un sentido de lealtad familiar y una visión personalizada y territorial del poder." (...) "Durante las dos últimas décadas, la capacidad del Estado nicaragüense para crear las bases de um consenso nacional democrático que facilite la integración social y territorial se ha deteriorado significativamente. Este deterioro, a su vez, ha generado las condiciones para el surgimiento de un modelo de Estado cuya conceptuación rebasa el vocabulario convencional de las ciencias sociales. (...) En este trabajo se desarrolla el concepto de 'Estado-mara' para hacer referencia al modelo de Estado que se ha materializado en Nicaragua desde el retorno al poder, en enero de 2007, del Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN).

13 REVESZ, Bruno. Redéfinition de l'état et gouvernabilité démocratique. In: *Cahiers des Ameriques Latines*, n. 26, p. 84/85: "As terapias de choque, que são as reformas do Estado (dos Estados) latino-americano, são a expressão de estratégias compulsivas de governabilidade sistêmica que buscam atualizar as economias nacionais, acelerando a adequação (formal) da trama normativa em vigor no novo regime de acumulação e de regulação (real) que se apresenta em escala planetária e cujo sucesso não está, 'a priori', garantido. Contudo, a governabilidade progressiva questiona o fato de a democracia – como sistema político e social de integração e regulação – se encarregar de múltiplas temporalidades que estruturam sociedades fragmentadas. (...) Ainda que um dos efeitos da globalização e do fluxo de informações e de imagens que ela promove, seja precisamente o efeito de reduzir a lacuna entre essas duas ordens de temporalidade, não seria razoável supor que, não mais que a transformação produtiva esperada, a construção da cidadania e do reconhecimento de seus direitos por todos, bem como o império da lei tanto sobre os governantes como os governados – direitos que foram adquiridos ou concedidos em séculos de luta nas velhas democracias – pudessem fazer-se da noite para o dia, em nações que, em muitos aspectos, ainda estão em formação, mesmo se elas assim se apresentam no cenário internacional e tenham a vantagem de fundar sua soberania no pluralismo político".

14 CERQUEIRA, Marcello. *A constituição na história* – origem e reforma – da Revolução Inglesa de 1640 à crise do Leste Europeu. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 22-23. "As constituições francesas revelam diferentes momentos históricos para as respectivas elaborações: a Revolução (com três constituições: a de 1791, com o poder executivo ao rei e legislativo a uma Assembleia eleita; a de 1793, rejeitando a separação de poderes, com um Conselho Executivo dependente do Corpo Legislativo, e a de 1795, com duas

Câmaras legislativas e o poder executivo concentrado no Diretório); as constituições napoleônicas (a de 1799, fundando o Consulado; a de 1802, consagrando Bonaparte cônsul vitalício e a de 1804, instaurando o império); as constituições da Restauração (a Carta outorgada por Luís XVII e a de 1830 representando um acordo entre Luís Felipe de Orleans e a Câmara dos Deputados); as constituições da II República e do II Império (a de 1848 estabelecendo o sistema presidencialista com uma Assembleia; a de 1852 após o golpe do II Bonaparte, e a de 1870 com concessões do Império ao sistema parlamentar); e, finalmente, as constituições da III, IV e V Repúblicas: 1875, consagrando o sistema parlamentar; 1946, alterando o sistema parlamentar anterior; 1958 (revista em 1962), criando o sistema semipresidencialista. Estas notas vão chamar atenção para a influência do sistema presidencial gaullista recebido em parte pela Revolução portuguesa e malogrado na Constituinte brasileira após a ditadura militar de 1964-1985."

15 BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 145. Eis a fonte da crise de legitimidade: "O lugar não é mais dos padrões estanques, sacralizados, de inspiração religiosa e universal, eternos e imutáveis. Com a pós-modernidade, abre-se caminho para as éticas pulverizadas, para a tolerância, para as toleráveis formas de saber e ser diferente, nas quais o multifário tem maior prevalência que qualquer unicidade ou qualquer determinismo educacional. Em lugar de uma ética centralista, individualista, burguesa, católico-cristã, patriarcal, masculina, moralista, tem-se uma pluralidade de éticas emergentes, menos universalistas e mais regionalistas, respondendo à diversidade de pensamentos, ideias e crenças que emergem no panorama do discurso ético contemporâneo. Os purismos, os medos, os preconceitos, as deformidades, as pretensões, as universalidades, os sonhos, os ideais, as bruxas e os vampiros da modernidade são, a um só tempo, exorcizados da pós-modernidade para que em seu tempo vigorem princípios mais aceitáveis e que reabilitem o homem em sua condição humana". *MÉSZÁROS, István. *Para além do capital*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2002. p. 98. [Penso que a elaboração do professor István Mészáros sobre a reprodução sociometabólica do capital e suas consequências no plano sociocultural, especialmente pela sua necessidade de adaptar o direito à sua reprodução, são fundamentais para se compreender o processo das experiências socialistas no leste europeu-TG]. "Na qualidade de modo específico de controle sociometabólico, o sistema do capital inevitavelmente também se articula e consolida como estrutura de comando singular. As oportunidades de vida dos indivíduos sob tal sistema são determinadas segundo o lugar em que os grupos sociais a que pertençam estejam realmente situados na estrutura hierárquica de comando do capital. Além do mais, dada a modalidade única de seu metabolismo socioeconômico, associada a seu caráter totalizador – sem paralelo em toda a história, até nossos dias –, estabelece-se uma correlação anteriormente inimaginável entre economia e política".

16 SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice*. São Paulo: Cortez, 2008. p. 256: "Se nos países centrais a enumeração dos novos movimentos sociais inclui tipicamente os movimentos ecológicos, feministas, pacifistas, antirracistas, de consumidores e de autoajuda, a enumeração na América Latina – onde também é corrente a designação de movimentos populares ou novos movimentos populares para diferenciar a sua base social da que é característica dos movimentos nos países centrais (a "nova classe média") – é bastante mais heterogênea. Tendo em vista o caso brasileiro, Scherer-Warren e Krischke destacam a "parcela dos movimentos sociais urbanos propriamente ditos, os CEBs (Comunidades Eclesiais de Base organizadas a partir de adeptos da Igreja Católica), o novo sindicalismo urbano e, mais recentemente, também rural, o movimento feminista, o movimento ecológico, o movimento pacifista em fase de organização, sectores do

movimento de jovens e outros” (Scherer-Warren e Krischke, 1987: 41)”.

17 IHERING, Rudolf Von. *A finalidade do direito*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. p. 286. “Para conseguir isso, pactua com eles, conforme a fórmula kantiana da compatibilidade da liberdade do próprio ser com a liberdade dos outros. O Estado e o Direito não têm outro objetivo senão a realização desta fórmula, i.e., impedir que um invada a esfera de liberdade do outro. Temos aí um zoneamento entre as esferas de liberdade que se assemelha às jaulas que, nas exposições de animais, evita que as feras se devorem mutuamente. Com esta conduta puramente negativa, atinge-se tudo o que se faz necessário. Em outros aspectos, os indivíduos nenhuma relação têm entre si; o Estado e o Direito alcançaram plenamente seu fim através do cordão de segurança que colocaram entre eles. Esse é o sistema individualista do direito que acima (pág. 145) já se nos deparou, ao ventilarmos a questão da força vinculante dos contratos. Trata-se da construção do mundo moral baseado no ponto de vista do indivíduo tomado isoladamente, concentrado em si mesmo – o princípio de que cada um existe para si mesmo, não para o outro”.

18 DÄUBLER, Wolfgang. *Direito do trabalho e sociedade na Alemanha*. São Paulo: LTr / Fundação Friedrich Ebert / Ildes, 1997. p. 124-125. “Teria o Direito Coletivo do Trabalho perdido a sua legitimação, depois que a estrutura tradicional de classes ruiu? Não constituiria a volta ao jogo livre das forças no mercado de trabalho o melhor remédio para vencer o problema do desemprego? Por isso, a teoria neoclássica exige o desmonte do direito coletivo do trabalho que – à maneira de um cartel – adulteraria supostamente o jogo de oferta e procura. O caminho jurídico para alcançar esse objetivo pode ser diverso: exige-se, por exemplo, o fim do efeito obrigatório dos contratos coletivos, permitindo-se variantes contratuais por conta do empregado individual. Na mesma linha de pensamento situa-se a ideia de transformar o empregado em participante ou sócio, para libertar-se, assim, de uma vez por todas do direito do trabalho, esse vírus que muda de figura a cada novo dia, parecendo ter escapado dos laboratórios de engenheiros genéticos e de especialistas em armas biológicas.”

19 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón* – teoria del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1998. p. 859. “Condições formais e condições substanciais de validez formam o objeto de dois diversos tipos de regras: as regras sobre *quem* pode e sobre *como* se deve decidir, e as regras sobre *que* se deve e não se deve decidir. As regras do primeiro tipo fazem referência à forma de governo, as do segundo, à estrutura do poder. Da natureza das primeiras depende o caráter politicamente *democrático* (ou, pelo contrário, monárquico, oligárquico ou burocrático) do sistema político; da natureza das segundas depende o caráter *de direito* (ou, ao contrário, absoluto, totalitário ou bem mais ou menos de direito) do sistema jurídico.”

20 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón* – teoria del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1998. p. 859. “A primeira regra de todo pacto constitucional sobre a convivência civil não é, com efeito, que se deve decidir sobre tudo por maioria, mas que não se pode decidir (ou não decidir) sobre tudo, nem sequer por maioria. Nenhuma maioria pode decidir a supressão (ou não decidir a proteção) de uma minoria ou de um só cidadão. Neste aspecto, o estado de direito, entendido como sistema de limites substanciais impostos legalmente aos poderes públicos em garantia aos direitos fundamentais, se contrapõe ao estado absoluto, seja autocrático ou democrático. Inclusive a democracia política mais perfeita, representativa ou direta, seria um regime absoluto e totalitário se o poder do povo fosse ilimitado nela. Suas regras são, sem dúvida, as melhores para determinar quem pode decidir e como deve decidir, mas não bastam para legitimar qualquer decisão ou não decisão. Nem sequer por unanimidade pode um povo decidir (ou consentir que se decida) que um homem morra, ou seja privado sem culpa da sua liberdade, que pensa o escriba,

ou não pensa ou não escreva, de determinada maneira, que não se reúna ou não se associe com outros, que se case ou não se case com certa pessoa ou permaneça indissoluvelmente ligado a ela, que tenha ou não tenha filhos, que faça ou não faça tal trabalho e outras coisas neste estilo. A garantia destes direitos vitais é a condição indispensável da convivência pacífica. Por ela, sua lesão por parte do estado justifica não simplesmente a crítica ou o dissenso, como para as questões não vitais nas que vale a regra da maioria, mas a resistência à opressão até a guerra civil. 'Sobre questões da existência', se diz, 'não nos desejamos colocar em minoria'."

21 CAMPAGNOLO, Umberto. *Verso una costituzione federale per L'Europa:* una proposta inedita del 1943. Milano: Giuffrè, p. 14–15. Por fim, o peso político atribuído por Saint-Simon à indústria é precursor da tecnocracia do século XX: a expansão da produção requer de fato mercados de dimensões superiores àqueles dos Estados Nacionais (e, portanto, o federalismo) e a chefia de quem conhece os processos produtivos (isto é, os técnicos). Em tese, o estado moderno nasce do processo da centralização do poder no Estado, como consequência da descentralização do poder universal da Igreja e do Império. Seguindo o processo inverso, o futuro Estado federal nascerá da dissolução do Estado nacional em uma unidade de nível superior. Nesta ideal evolução fica, porém, incerta a forma institucional que deveria assumir o futuro Estado federal.

22 MACPHERSON, C. B. *La democracia liberal y su época.* Madrid: Alianza Editorial, 1997. p. 15. "Desde Mill, passando por L. T. Hobhouse, A. D. Lindsay, Woodrow Wilson e John Dewey, até os atuais partidários da democracia participativa, entendeu-se a democracia como uma qualidade que impregna toda a vida e todo o funcionamento de uma comunidade nacional menor, ou se se prefere como um tipo de sociedade, todo um conjunto de relações recíprocas entre as pessoas que constituem a nação ou a unidade de que se trate. Alguns teóricos, sobretudo do século XX, insistem em manter separados estes dois sentidos. Alguns prefeririam inclusive excluir totalmente o segundo sentido, para o qual definem a democracia simplesmente como um sistema de governo. Mas em toda análise realista os dois sentidos se fundem. Porque os diferentes sentidos da democracia, no sentido estrito do termo, são congruentes com diferentes tipos de sociedade e os requerem."

23 GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do cárcere*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. v. 1, p. 385. "Hegel não pode ser pensado sem a Revolução Francesa e sem Napoleão e suas guerras, isto é, sem as experiências vitais e imediatas de um período histórico intensíssimo de lutas, de misérias, no qual o mundo exterior esmaga o indivíduo e o faz tocar a terra, nivela-o com a terra, no qual todas as filosofias passadas foram criticadas pela realidade de uma maneira tão peremptória".

24 DELPÉRÉE, Francis. O direito à dignidade humana. In: Barros, Sergio Resende de; Zilveti, Fernando Aurélio (coords). *Direito constitucional* – Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Dialética, 1999. p. 160.

25 *Op. Cit.*, p. 161/162. "*A dignidade humana 'alfa e ômega' do sistema constitucional de proteção das liberdades*. A ideia não é nova. Ela já foi inscrita no preâmbulo e nas disposições da Declaração Universal dos Direitos do Homem. 'O reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo... 'Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos' (artigo 1º). Cf. também: artigo 23.3 da mesma declaração. A dignidade humana remete ao âmago mais profundo da personalidade. Neste sentido, ela merece ser inscrita no frontão dos direitos do homem. Ela serve para definir os direitos mais fundamentais – se é permitido utilizar esta expressão. Ela consagra também um direito absoluto de resistência. A dignidade humana

é também o objetivo que é atribuído às autoridades públicas em matéria de direitos do homem: assegurar e preservar a dignidade humana. As prestações positivas, mas também as condutas de abstenção, delas podem resultar. A dignidade é – dizem – o respeito que merece o homem. E, de acordo com esta definição, o mérito foi primordial. A dignidade humana não se reclama, nem tampouco se negocia. Ela se impõe, de maneira absoluta, para que a vida seja digna de ser vivida".

26 LEMOS, Bruno Espiñeira. *Direitos fundamentais:* Direito comparado e as Constituições brasileiras, efetivação em precedentes do STJ. Brasília: Fortium, 2007. p. 52.

27 ALMEIDA, Luana Maíra Moura de. A repercussão constitucional da criação de um direito comunitário: a experiência da União Europeia. In: COSTA, Ana Paula Motta (org.). *Ensaios monográficos – os direitos humanos sob análise crítica e interdisciplinar*. Erechim, RS: Rede Metodista de Educação do Sul, 2008. p. 259. "Canotilho, entretanto, ensina que, no atual estágio da evolução, as normas comunitárias convencionais na União Europeia apresentam uma posição primária de desenvolvimento, mas não possuem um grau constitucional, o que se justifica pelas fortes dúvidas levantadas pelo princípio do direito comunitário, somado ao fato de que as densas alterações dos tratados aprofundam a associação constitucional de estados e estabelecem, por si só, um processo constituinte que repercute também no plano interno dos Estados-Membros."

28 NUNES, Antônio José Avelãs. *Constituição e Estado Social:* os obstáculos à concretização da Constituição (Separata). Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 70. "Esta social-democrata-gestora-leal-do-capitalismo tem enormes responsabilidades no complexo processo da integração europeia, que, desde o Tratado de Roma (1957), o Acto Único Europeu (1986) e o Tratado de Maastricht (1991), culminou com a assinatura (Outubro/2004) da chamada Constituição Europeia, sem dúvida a tentativa mais ousada de 'constitucionalizar' o neoliberalismo e de tentar garantir a sua 'eternidade' (a tentação do velho 'fim da história')".

29 SANTOS, Marcelo Paiva dos. *A história não contada do Supremo Tribunal Federal.* Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 59-386-387: "Desta forma, não resta dúvida de que o Judiciário se externaliza através de uma função, a função judicial, ou seja, expressão de um poder; daí se tratar de uma função política do Estado. Em outra faceta das múltiplas formas de relações entre o Direito e a Política , pode-se afirmar que as discussões acerca do caráter político dos tribunais constitucionais remontam a Hans Kelsen e Carl Schmitt. Todavia, ainda que Schmitt defendesse a tese de que deveria ser o monarca o 'guardião da Constituição', vez que detentor de um 'poder neutro', se contrapondo a Kelsen que defendia a 'guarda da Constituição' a tribunais específicos, havia um entendimento convergente entre os dois teóricos. Kelsen admitia que, 'do ponto de vista de um exame de orientação teórica é que a função de um tribunal constitucional tem um caráter político de grau maior que a função de outros tribunais – e nunca os defensores da instituição de um tribunal constitucional desconheceram ou negaram o significado eminentemente político das sentenças deste. (...)' A fase da presidência do Supremo Tribunal Federal pelo Ministro Eloy José da Rocha, por sua vez, inseriu-se num momento histórico-político amplamente favorável aos militares golpistas, pois eram os anos do dito milagre no campo econômico. Estes fatos propiciam aos golpistas a manutenção de um discurso que se valia do desenvolvimento econômico por que passava o país para justificar muitas de suas medidas opressoras. O Supremo Tribunal Federal continuava mantendo sua postura de pouca receptividade em relação aos atos que eram cometidos, como forma de revolta contra os abusos cometidos pelo regime. As decisões da justiça militar, normalmente foram mantidas no referido período, sobretudo se os processos tratassem de crimes políticos ou contra a segurança nacional cometidos por adeptos dos vários movimentos de luta armada que se contrapunham aos militares

golpistas. O mesmo se dava quando se tratava de tentativa de reorganização de partidos políticos extintos ou divulgação de periódicos clandestinos, tidos como contrários ao regime. Verificou-se que muitas condutas absolutamente inofensivas ao forte aparelho repressor estatal eram combatidas pelos membros do regime, a ponto de, por exemplo, um padre ser processado por proferir um sermão que fora considerado 'meio de comunicação enquanto veículo de guerra psicológica adversa' (...) 'Em alguns julgados analisados apresentaram-se casos de confissões obtidas mediante tortura, com conjunto probatório, muitas vezes, suficientemente apto a justificar o deferimento dos pedidos em favor dos acusados. Ocorre que mesmo com todos os elementos que os autos apresentavam em muitas ocasiões, entendiam os Ministros por apenas atenuar as penas impostas pela justiça militar."

30 BELLAMY, Richard; CASTIGLIONE, Dario. O déficit democrático da Europa e o problema constitucional. In: _____. COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito* – história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 611-612. "Enfim, teme-se que a capacidade de controle dos cidadãos sobre as instituições, e a transparência do funcionamento destas últimas, venham drasticamente a diminuir com o aumento da distância geográfico-administrativa entre cidadãos e governantes. Esses temores relativos à modalidade e à substância do deslocamento dos poderes para o âmbito supranacional são fortalecidos pela observação de que tal transferência corrói a legitimidade dos poderes nacionais, enfraquecendo a sua eficácia e mudando os seus equilíbrios internos, sancionados pelas respectivas constituições. A deslegitimação decorrente disso seria, portanto, dupla: a um enfraquecimento das radicadas constituições nacionais corresponderia, de fato, a criação de instituições supranacionais com pouca legitimidade".

31 DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 398. "O mal-estar que resulta das aspirações contrariadas não basta para virar os que sofrem com isso contra a ordem social que é sua causa, pois eles se apegam a essa ordem, não por nela encontrarem o campo necessário ao desenvolvimento da sua atividade profissional, mas porque ela resume, a seu ver, uma multidão de crenças e de práticas de que vivem. Apegam-se a ela, porque toda a sua vida interior é ligada a ela, porque todas as suas convicções a supõem, porque, servindo de base para a ordem moral e religiosa, ela se lhes apresenta como sagrada. Atritos privados e de natureza temporal são, evidentemente, demasiado leves para abalar estados de consciência que conservam dessa origem uma força excepcional. De resto, como a vida profissional é pouco desenvolvida, esses atritos são intermitentes. Por todas essas razões, são fracamente sentidos. Portanto, é fácil acostumar-se a eles; chega-se a achar essas desigualdades não só toleráveis, mas até naturais".

32 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Origem e atualidade do direito humanitário.* Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, DF, ano 51, n. 190, p. 18-19, jul./dez. 2006. "Estudando a relação entre esses Direitos e indagando da possibilidade de ocorrência de conflitos entre suas normas, Cançado Trindade demonstra que, embora haja algumas diferenças entre eles em pontos importantes, é perfeitamente possível a aplicação simultânea das três vertentes de proteção, precisamente porque são essencialmente complementares. A coexistência possível e a complementaridade ficam mais evidentes, segundo ele, se considerarmos que 'todas se deixam guiar por uma identidade de propósito básico: a proteção da pessoa humana em todas e quaisquer circunstâncias'. Mais adiante o próprio Cançado Trindade assinala a ocorrência de uma convergência do Direito Internacional Humanitário e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, mostrando essa convergência em algumas situações concretas: 'embora historicamente tenha o primeiro se voltado originalmente aos conflitos armados entre Estados e o tratamento devido a

pessoas inimigas em tempo de conflito, e o segundo às relações entre o Estado e as pessoas sob sua jurisdição em tempo de paz, mais recentemente o primeiro tem-se voltado também a situações de violência em conflitos internos e o segundo à proteção de certos direitos básicos também em diversas situações de conflitos e violência.'"

33 NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Transconstitucionalismo:* Direito constitucional, edição do próprio Autor, São Paulo, 2009. p. 90.

34 GAINES, James R. *Uma noite no palácio da razão*: o encontro de Bach e Frederico, o Grande, na era do Iluminismo. Rio de Janeiro, São Paulo: Record, 2007.

35 KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p. 327. "Historicamente, a primeira Constituição foi estabelecida pela resolução de uma Assembleia, as pessoas são constituintes dessa Assembleia; nasceu a primeira Constituição, historicamente pela via do Costume, é este Costume, mais corretamente: são as pessoas, cuja conduta institui, historicamente, o Costume producente da primeira Constituição, que são autorizadas pela norma fundamental. É na norma fundamental – da, historicamente, primeira Constituição – no mais profundo sentido, em que se baseia o ordenamento jurídico. A utilização da teoria kelseniana das normas não compromete o autor com a sua visão de 'neutralidade' do direito como 'ciência', mas, sem dúvida, suas formulações teóricas são um instrumento metodológico brilhante para a validação das formas que adquirem o Estado de Direito e sua teoria da legitimidade". *Vide* EROS GRAU: "Ainda de outra parte cumpre verificar que os adeptos da teoria kelseniana são vítimas também da postura metodológica que assumem diante do Direito, como objeto de conhecimento.

É o que divisam apenas como forma, recusando-se o conhecimento do seu conteúdo. Mas é evidente que não há forma sem conteúdo, aquilo que dá sentido ao Direito é justamente o conteúdo dos seus preceitos. O objeto das preocupações dos adeptos daquela teoria se esgota na consideração tão somente das formas jurídicas. E isso conduz inexoravelmente a um método peculiar de apreciação das noções jurídicas: a lógica dessas noções é buscada exclusivamente na razão teórica.

É, no entanto, evidente que as noções jurídicas – e não apenas as de Direito Administrativo, como observou Forsthoff – não devem ser apreciadas somente desde o ponto de vista teórico, visto que é produto de situações histórico-políticas (e não da razão teórica) que elas adquirem sua lógica própria" (*Direito, conceitos e normas jurídicas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 28).

36 BONAVIDES, Paulo. Prefácio. In: CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005. p. 21. "Ocorre todavia que a teoria do chefe da escola de Viena, em matéria constitucional, ficara juridicamente imperfeita por omitir a substância normativa dos valores contidos nas cláusulas gerais que alojam os princípios e fazem destes o fundamento supremo da legitimidade, abrindo assim a artéria por onde o Direito, a Justiça e a equidade chegam ao cidadão e lhe garantem a segurança constitucional dos seus direitos fundamentais. Desse modo se alcança o novo Estado de Direito, o da segunda dimensão, que é o Estado Social, em substituição do clássico Estado de Direito da primeira dimensão, gerado pela hegemonia política e jurídica do 'terceiro estado', aquele que fez estalar a Revolução Francesa e foi depois o dono das Constituições do século XIX. O segundo Estado de Direito se acha porém ainda em fase de consolidação e expansão. E em países como o Brasil a reação neoliberal intenta liquidá-lo, numa ocasião em que contraditoriamente os direitos da terceira e da quarta gerações assumem importância capital. Com eles se vislumbram já nos horizontes do constitucionalismo aberto e democrático o advento da terceira categoria de Estado de Direito, do qual é pressuposto essencial o Estado Social, e que se chama Estado de Direito da democracia participativa e direta, estuário de todas

as correntes que fluem para a libertação humana e que tem sido a utopia de todas as idades na palavra e na razão de grandes filósofos e pensadores. Sem eles, sem um Rousseau, sem um Montesquieu e sem um Marx, não teríamos logrado as emancipações parciais que concretizam a presença cidadã na obra de governo."

37 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 146.

38 CORREAS, Óscar. *Kelsen y los marxistas*. México: Coyocán, 1994. p. 170. "A feliz expressão de *bloco histórico* permite pensar precisamente algo que não estava na imagem originária de Marx, onde havia relações sociais sobre as quais 'se levantava' a superestrutura. Nesta última imagem, as relações sociais aparecem como os amálgamas. A mesma composição, estrutura/superestrutura, na imagem de um 'bloco', aparece sem 'acimas' nem 'abaixos', mas como um composto compacto onde, segundo Gramsci, o que funciona como solidificante, é a ideologia, instrumento da hegemonia. Pois bem, o elemento mais importante dessa ideologia solidificante é a *Grundnorm*; posto que toda ideologia tem um objetivo prescritivo, ou seja, promover condutas determinadas; mas para que a ideologia seja eficaz, ou seja que consiga 'fazer fazer', somente acontece se o emissor, explícito ou velado, da prescrição, seja aceito como doador do sentido, o qual, por sua vez, significa que foi assinalado como tal pela Grundnorm. A norma fundamental distribui a palavra autorizada. A palavra autorizada é a que enuncia a ideologia autorizada".

39 BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro.* Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>. Acesso em: 06 maio 2009. "O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado Democrático de Direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça. Os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não, passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete". "Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras. Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada no sistema. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da

Constituição. Isto não impede que princípios e regras desempenhem funções distintas dentro do ordenamento. A distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin. Sua elaboração acerca dos diferentes papéis desempenhados por regras e princípios ganhou curso universal e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria. Regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de *tudo ou nada* (*all or nothing*). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. Por exemplo: a cláusula constitucional que estabelece a aposentadoria compulsória por idade é uma regra. Quando o servidor completa setenta anos, deve passar à inatividade, sem que a aplicação do preceito comporte maior especulação. O mesmo se passa com a norma constitucional que prevê que a criação de uma autarquia depende de lei específica. O comando é objetivo e não dá margem a elaborações mais sofisticadas acerca de sua incidência. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor. Sua aplicação se dá, predominantemente, mediante subsunção".

40 CORREAS, Óscar. *Kelsen y los marxistas*. México: Coyocán, 1994. p. 129-130. "'Hegemonia', no sentido de dirigir, fazer com que outros atuem de certa maneira, é, em Gramsci, a virtude de um 'grupo' no poder. (A palavra 'grupo', por sua ambiguidade, permite neste momento avançar sem elucidar 'quem' é 'grupo', que não está em questão aqui). Conseguir que 'outros' – a sociedade em geral, em 'certo grau', diria Kelsen – produzam umas e outras condutas, é exercer o poder. Para ele, o grupo social deve desenvolver um amplo e completo trabalho político, de cujo êxito depende quem ascenda ao poder e o conserve. O aporte de Gramsci ao pensamento marxista consiste em ter mostrado que conseguir 'fazer fazer' é o fruto de um trabalho ideológico; que para que outro faça o que se deseja que faça, é necessário 'convencê-lo', isto é, 'educá-lo' ou forjar sua ideologia. Gramsci, muito na frequência contemporânea, disse que não há dominação sem o consentimento, conseguido de alguma forma, do dominado. Consegui-lo é ter hegemonia numa sociedade".

41 INWOOD, Michael. *Dicionário Hegel*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 292-293: "Os pensadores alemães, em contrapartida, foram propensos a preferir devir à rigidez de ser, e aplicaram 'devir' ao DESENVOLVIMENTO autônomo, mas árduo e eivado de conflitos, da HISTÓRIA e da VIDA. (...) Como escreveu Nietzsche em 'A gaia ciência' (1882): Nós, alemães, somos hegelianos, mesmo que nunca tivesse havido um Hegel, na medida em que nós (em oposição a todos os latinos) atribuímos instintivamente ao devir, ao desenvolvimento, um sentido mais profundo e um valor mais rico do que àquilo que 'é'; mal acreditamos na legitimidade do conceito 'ser'."

42 GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 125: "Parece também correta, ademais, a afirmação de que a teorização a respeito dos graus de eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais – associada a uma mal tecida oposição entre as noções de direito e norma constitucional – encerra em si a cruel virtude de propiciar o retardamento da efetivação das conquistas sociais. Basta a omissão do Estado – leia-se Legislativo, Judiciário e Executivo – diante da reivindicação pela efetividade de tais conquistas, sob o pretexto urdido por Loewenstein, de que 'ainda não há condições para isso', para que se torne evidente a sua inconsistência".

43 VALADÉS, Diego. *Problemas constitucionales del Estado de derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2004. p. 31-32. “A característica desta forma de Estado é a vinculação entre os conteúdos sociais e as concernentes ao pluralismo. A participação cidadã é indispensável tanto para ampliar os direitos que correspondem ao corpo social, quanto para exercer um efetivo controle vertical sobre os órgãos do poder. Um Estado que prescinde do pluralismo tende aceleradamente ao paternalismo, e daí para a adoção de formas dogmáticas de exercício da autoridade”.

44 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 21. “Recentemente uma rede de televisão por assinatura convidou um conhecido jurista e um economista para opinarem sobre as ‘incertezas’ motivadas pela ‘politização’ do Poder Judiciário. O jurista disse textualmente: ‘existe um conjunto de causas que, às vezes, são decididas pela posição política do juiz e não por respeito à Lei. Isso, para a economia, é o caos’. A compreensão desse jurista sobre o texto aplicado pelo magistrado deveria ser, segundo sua percepção, estritamente jurídico, ou técnico, sem qualquer compromisso político, menos ainda ideológico. Quem se achava contaminado por compromissos políticos era o juiz, que decidira contra os interesses políticos, que – circunstância singular – revelava-se preocupado com a economia...! Como se vê, os dois principais compromissos ideológicos inerentes à nossa compreensão do Direito e da missão do Poder Judiciário revelam-se claramente: a ideia de que um juiz somente deve ‘respeito à Lei’, sendo-lhe vedado decidir as causas segundo sua posição política, a significar que o entrevistado tivera uma visão simplesmente ‘técnica’ da Lei, enquanto a visão do juiz, sendo diversa da sua, fora necessariamente política. ‘Sua compreensão’ do sentido do texto é a verdadeira, com exclusão da eventual exegese que o juiz possa ter feito. A rigor, fica excluída qualquer possibilidade de compreensão hermenêutica do texto. A construção de sentido pelo ‘outro’ é ‘política’, consequentemente ideológica. O jurista entrevistado, ingenuamente, supunha possuir o segredo de uma linguagem divina que lhe permitia penetrar na essência imutável da proposição normativa, exorcizando todas as compreensões que lhe fossem contrárias, por serem ideológicas, ou ‘políticas’, não como a ‘dele’ eminentemente ‘técnica’. Deste ponto, é possível descortinar a oposição entre ‘paradigma dogmático’ e ciência do Direito, enquanto ciência do espírito, ciência da compreensão hermenêutica.”

45 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional:* o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 31. “A Constituição de 1934 foi derrogada por ato do então Presidente da República, em 1937. Em 10 de novembro desse mesmo ano foi editada uma nova Constituição, que deveria ser aprovada mediante decisão plebiscitária (art. 80). Tal plebiscito jamais se realizou. A Constituição de 1937, conhecida como ‘Constituição Polaca’, por ter sido desenvolvida com base na Constituição polonesa do regime do General Pilsudski, traduz uma ruptura com a história constitucional do Brasil. Do seu preâmbulo constava, v. g., que ela haveria de conter meios extraordinários para combater, de forma efetiva, o Comunismo.”

46 COMPARATO, Fábio Konder. Igualdade e desigualdades. In: *Direito público:* estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 46-48.

47 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* Coimbra: Almedina, 2003. p. 217-218-338-339-343-344: “A Constituição da República de 1976 é uma constituição programática porque contém numerosas normas-tarefa e normas-fim (cfr., por exemplo, artigos 9º e 80º) definidoras de programas de acção e de linhas de orientação dirigidas ao Estado. Trata-se, pois, de uma lei fundamental não reduzida a um simples instrumento do governo, ou seja, um texto constitucional limitado à individualização dos órgãos e à definição de competências e procedimentos da acção dos

poderes públicos. A ideia de ‘programa’ associava-se ao carácter dirigente da Constituição. A Constituição comandaria a acção do Estado e imporia aos órgãos competentes a realização das metas programáticas nela estabelecidas” (...) “Numa sociedade plural e complexa, a Constituição é sempre um produto do ‘pacto’ entre forças políticas e sociais. Através de ‘barganha’ e de ‘argumentação’, de ‘convergências’ e ‘diferenças’, de cooperação na deliberação mesmo em caso de desacordos persistentes foi possível chegar, no procedimento constituinte, a um compromisso constitucional ou, se preferirmos, a vários ‘compromissos constitucionais’” (...) “O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contrarrevolução social’ ou da ‘evolução reaccionária’. Com isso quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direitos à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A ‘proibição de retrocesso social’ nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana” (...) “De qualquer modo, ao princípio da democracia econômica e social pode e deve reconhecer-se em alguns casos a natureza de princípio jurídico fundamental, imediatamente vinculante. Trata-se de casos em que se poderá falar de inconstitucionalidade da lei por violação do princípio da sociedade: A dimensão subjectiva do princípio justificará também, no caso de se verificarem determinados condicionalismos, a prevalência dos direitos econômicos, sociais e culturais em relação de conflito com outros direitos. Assim, por ex., o princípio da sociedade prevalecerá sobre o direito de propriedade no caso de o despejo da pessoa humana. O juiz poderá e deverá suspender a execução da mesma sentença.”

48 WEBER, Albrecht. *Estado social, direitos fundamentais sociais e segurança na República Federal da Alemanha*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 14-15: “Destarte, em princípio, é próprio da cláusula do Estado Social a falta de nitidez dogmática, apesar do seu caráter normativo e da sua obrigatoriedade. Essa falta de nitidez foi também suprida pelos tribunais superiores apenas casuisticamente em conjunto com o direito de proteção social posto na lei”.

49 BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro.* Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>. Acesso em: 06 maio 2009. “Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de *tudo ou nada*, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defrontar com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante *ponderação*. Nesse contexto, impõe-se um breve aprofundamento da questão dos conflitos normativos. O Direito, como se sabe, é um sistema de normas harmonicamente

articuladas. Uma situação não pode ser regida simultaneamente por duas disposições legais que se contraponham. Para solucionar essas hipóteses de conflito de leis, o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais: o da *hierarquia* – pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior –, o *cronológico* – onde a lei posterior prevalece sobre a anterior – e o da *especialização* – em que a lei específica prevalece sobre a lei geral. Estes critérios, todavia, não são adequados ou plenamente satisfatórios quando a colisão se dá entre normas constitucionais, especialmente entre os princípios constitucionais, categoria na qual devem ser situados os conflitos entre direitos fundamentais. Relembre-se: enquanto as regras são aplicadas na plenitude da sua força normativa – ou, então, são violadas –, os princípios são ponderados. A denominada *ponderação de valores* ou *ponderação de interesses* é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional. Seus balizamentos devem ser o princípio da razoabilidade (v. *infra*) e a preservação, tanto quanto possível, do núcleo mínimo do valor que esteja cedendo passo. Não há, aqui, superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende o ideário constitucional na situação apreciada".

50 ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica* – para uma teoria da dogmática jurídica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 175.

51 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 18. "Definem-se, ao mesmo tempo, a *natureza peculiar* e a *possível amplitude* da força vital e da eficácia da Constituição. A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente. Tal como exposto por Humboldt alhures, a norma constitucional mostra-se eficaz, adquire poder e prestígio se for determinada pelo princípio da necessidade".

52 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 18.

53 SILVA, José Afonso da. Princípios constitucionais fundamentais*. Cadernos Adenauer*: 20 anos da Constituição Cidadã, Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, n. 1. p. 9-19, 2008: "Os princípios fundamentais da Constituição de 1988 podem ser assim discriminados:

– princípios relativos à existência, forma e tipo de Estado: princípio federalista (República Federativa do Brasil), soberania, Estado Democrático de Direito (art. 1º);
– princípio relativo à forma de governo: princípio republicano (República, art. 1º);
– princípio relativo à organização dos poderes: separação de poderes (art. 2º);
– princípios relativos à organização da sociedade: princípio da livre organização social, princípio de convivência justa e princípio da solidariedade (art. 3º, I);
– princípios relativos à vida política: princípio da cidadania, princípio da dignidade das pessoas e princípio do pluralismo político (art. 1º, II, III e V); princípios relativos ao regime democrático: princípio da soberania popular, princípio da representação política e princípio da participação popular direta (art. 1º, parágrafo único);
– princípios relativos à prestação positiva do Estado: princípio da independência e do desenvolvimento nacional (arts. 3º, II, e 4º, I), princípio da justiça social (art. 3º, III),

princípio da integração regional (art. 3º, III, 2º parte) e princípio da não discriminação (art. 3º, IV);

– princípios relativos à comunidade internacional: da independência nacional, da prevalência dos direitos humanos, da autodeterminação dos povos, da não intervenção, da igualdade entre os Estados, da defesa da paz, da solução pacífica dos conflitos e do repúdio ao terrorismo e ao racismo (art. 4º), e princípio da integração da América Latina (art. 5º)".

54 BONGIOVANNI, Giorgio. Estado de Direito e justiça constitucional*:* Hans Kelsen e a Constituição austríaca de 1920. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.), *O Estado de Direito:* história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 379-414. O resultado dessa primeira fase da reflexão kelseniana é a elaboração das características essenciais do Estado de Direito que são identificadas na sua dimensão "formal". Essas características são, portanto, desenvolvidas tanto em correspondência com a adoção da concepção dinâmica do ordenamento como em relação à plena afirmação dos sistemas democráticos: nessa perspectiva, o conceito de Estado de Direito adquire uma dimensão "substancial" ligada à primazia da Constituição e dos direitos.

55 TERTULIAN, Nicolas. Georg Lukács e o stalinismo*. Praxis*, n. 2, p. 98, set. 1994. (Projeto Joaquim de Oliveira)

56 GOETHE, Johann W. *Os anos de aprendizado de Wilhelm Meister*. São Paulo: Ensaio, 1994. p. 60.

57 MELGAREJO, Rodrigo Brito. *Constitucionalismo global*. México: Porrúa, 2005. p. 156.

58 CAPELLA, Juan Ramón. *Los ciudadanos siervos*. Madrid: Trotta, 1993. p. 73.

59 MOURA, José Fernando Ehlers de. *Condições da democracia*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, Editor, 2007. p. 70.

60 MORAIS, José Luiz Bolzan et al.; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada*: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 30.

61 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 35.

62 SANDRONI, Paulo. *Dicionário de economia do século XXI*. Rio de Janeiro: Record, 2005. p. 874. "No âmbito da produção capitalista o valor de uso assume determinações sociais específicas, que configuram sua função no interior da produção e da circulação do próprio valor de troca. A relação entre o valor de uso e o valor de troca é uma relação de subordinação. O valor de uso constitui o 'suporte material' do valor de troca. O valor criado no processo produtivo deve transformar-se em valor de troca mediante sua realização no mercado. Isso, no entanto, só é possível se o valor produzido estiver incorporado num conjunto de valores de uso que correspondam à necessidade social. No caso da produção capitalista, necessidade social quer dizer necessidade do capital, que é o conjunto dos valores de uso que servem para reconstituir os elementos materiais do capital constante (meios de produção) e do capital variável (meios de subsistência) que foram consumidos na produção".

63 MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 60. "'Povo' não deve funcionar como metáfora; o povo deve poder aparecer como sujeito político empírico. A concepção não necessita do 'povo' como expressão que não obriga a nada e cobra tudo; ela não necessita de nenhuma 'vontade geral' que não se deixasse verificar e identificar na política empírica, mas de um 'povo' que possa, no plano das instituições, efetivamente entrar em cena como destinatário e agente de controle e de responsabilidade: eleição/destituição do mandato por votação,

bem como votação livre como componente democrático do cerne da Constituição".

64 O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito* – história, teoria-crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 96-97. "O problema do Estado de Direito pode então ser apresentado como um momento do 'discurso da cidadania': se o 'discurso da cidadania' assume como próprio objeto a relação que une o indivíduo a uma comunidade política e determina a identidade político-jurídica deste, o Estado de Direito constitui uma das suas possíveis estratégias, visto que a sua razão de ser é precisamente a de influenciar a relação entre Estado e indivíduo, introduzindo, a favor do sujeito, alguma limitação ('jurídica') do poder soberano".

65 SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. México: Ed. Nacional, 1981. p. 11. "O conceito de ordenação jurídica contém dois elementos completamente distintos: o elemento normativo do Direito e o elemento real da ordenação concreta. A unidade e ordenação residem na existência política do Estado, e não em leis, regras nem nenhuma classe de normatividades. As ideias e palavras que falam de Constituição como uma 'lei fundamental', ou uma 'norma fundamental', são quase sempre obscuras e imprecisas. Subsumem uma série de normatividades das mais variadas classes; por exemplo, os 181 artigos da Constituição de Weimar, uma 'unidade' sistemática, normativa e lógica. Tendo-se em conta da diversidade de pensamentos e conteúdos das prescrições particulares insertas na maior parte das leis constitucionais, isto não é outra coisa que uma vã ficção. A unidade do Reich alemão não descansa naqueles 181 artigos e na sua vigência, mas na existência política do povo alemão. A vontade do povo alemão – portanto, uma coisa existencial – funda a unidade política e jurídica, mais além das contradições sistemáticas, incongruências e obscuridades das leis constitucionais concretas. A Constituição de Weimar vale porque o povo alemão 'se la ha dado'."

66 STUCKA, O.I. *La función revolucionaria del derecho y del estado*. Barcelona: Edicions 62, 1969.

67 MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito.* São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 221-222. "Em verdade o ato do Führer foi o exercício de uma autêntica judicatura. Ele não está sujeito à justiça, ele mesmo foi justiça suprema. Não se tratou da ação de um ditador republicano que em um espaço vazio de direito, enquanto a lei por um instante fecha os olhos, cria fatos consumados para que depois, no assim criado chão dos novos fatos, as ficções da legalidade sem lacunas possam novamente ocupar o seu lugar. A judicatura do Führer brota da mesma fonte, do direito da qual brota também todo e qualquer direito de qualquer povo. Na necessidade suprema o direito supremo prova o seu valor (*bewährt sich*) e manifesta-se o grau mais elevado da realização judicantemente vingativa desse direito. Todo o direito tem a sua origem no direito do povo à vida. Toda a lei do Estado, toda a sentença judicial contém apenas tanto direito quanto lhe aflui dessa fonte. O resto não é direito, mas um 'tecido de normas positivas coercitivas', do qual um criminoso zomba".

68 CERRONI, Umberto. La crítica de Marx a la filosofía hegeliana do direito público. In: _____. *Marx, el derecho y el Estado*. Barcelona: Oikos-tau E. [19-]. p. 35. "Também na concepção hegeliana da soberania Marx individualiza uma relação de inversão (ou melhor, de hipostatização): Hegel parte do Estado e 'faz do homem o Estado no homem objetivado' (reduzindo, sem embargo, a continuação, ao Estado, à subjetividade do monarca), se bem que, para Marx, 'a democracia parte do homem e converte o Estado no homem objetivado".

69 ARNAUD, André-Jean. *Los juristas frente a la sociedad (1975-1993).* Doxa 15-16 (1994) p. 1007: "Mas não há que ocultar tampouco que estes conceitos são ainda incertos, encontram-se em fase de investigação; os práticos estão convidados a colaborar com sua própria experiência numa busca na qual os intelectuais (...) estariam desvalidados.

Somente da dialética entre pensamento e ação surgirão os fundamentos filosóficos do Direito do futuro. A interdisciplinaridade não consiste em renegar a especialização, em exaltar o simples aficionado frente ao profissional. Trata-se de permitir dialogar, aos especialistas das diversas disciplinas implicadas no âmbito do Direito e da justiça, sobre algo mais que um objeto nunca compartilhado."

70 GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 63-64: "Estado põe o direito – direito que dele emana –, que até então era uma relação jurídica interior à sociedade civil. Mas essa relação jurídica que preexistia, como *direito pressuposto,* quando Estado põe a lei torna-se direito posto (*direito positivo*). Assim, o direito e a lei estão mas não estão na 'infraestrutura'. O direito já está no econômico (como *direito pressuposto*), mas também não está.(...)

Neste passo desejo retornar ao quanto tenho afirmado no sentido de que não há que falarmos, concretamente, no direito, senão nos direitos. É que afirmar que o modo de produção da vida social determina o direito é afirmar que o *direito pressuposto* é um produto cultural. Cada modo de produção produz a sua cultura e o direito pressuposto nasce como elemento dessa cultura."

71 STRECK, Lenio Luiz. *Política criminal, Estado e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 133.

72 BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro.* Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>. Acesso em: 06 maio 2009.

Aplicabilidade das Normas Constitucionais

José Afonso da Silva[1]

SUMÁRIO

1. Introdução. **2.** Conceito de eficácia e aplicabilidade. **3.** Conceito de normas constitucionais. **4.** Estrutura das normas constitucionais. **5.** O problema da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais. **6.** A tríplice característica das normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade. **7.** Normas constitucionais de eficácia plena. **8.** Normas constitucionais de eficácia contida. **9.** Normas constitucionais de eficácia limitada. **9.1.** Normas constitucionais de princípio institutivo. **9.2.** Normas constitucionais de princípio programático. **9.2.1.** Conceito. **9.2.2.** Localização das normas programáticas. **9.2.3.** Normas programáticas e direitos sociais. **9.2.4.** Normas programáticas e fins da ordem econômica e social. **9.2.5.** Normas programáticas e princípios constitucionais. **9.2.6.** Normas programáticas no sistema constitucional brasileiro. **9.2.7.** Natureza dos direitos sociais. **9.2.8.** Juridicidade. **9.2.9.** Função e relevância. **9.2.10.** Normas programáticas e regime político. **9.2.11.** Normas programáticas e interpretação do Direito. **9.2.12.** Normas programáticas e constitucionalidade das leis. **9.2.13.** Normas programáticas e leis anteriores incompatíveis. **9.2.14.** Condições gerais de aplicabilidade. **10.** Instrumentos da eficácia constitucional.

1. Introdução

1. O tema será tratado em face da Constituição de 1988, que se enquadra no conceito de *constituição-dirigente,* enquanto se dirige a fins e programas de ação futura no sentido de uma orientação social democrática. Por isso, não raro, foi minuciosa e, no seu compromisso com as conquistas liberais e com um plano de evolução política de conteúdo social, o enunciado de suas normas assumiu, muitas vezes, grande imprecisão comprometendo sua eficácia e aplicabilidade imediata por requerer providências ulteriores para incidir. Anoto, desde logo, que, aqui, se vai trazer uma síntese de obra já publicada pelo autor com o mesmo título, dispensada, portanto, minuciosas referências a essa obra no correr desta exposição, mesmo quando foi utilizado texto da obra com poucas alterações como na discussão referente

às normas de princípio programático.

2. Este estudo não vai fazer distinção entre regra, norma e princípio. Vai usar a palavra *norma* num sentido abrangente de todos os tipos de disposições constitucionais, e parte da premissa de que não há normas constitucionais de valor meramente moral ou de conselho, avisos ou lições, já dissera Ruy. Todo princípio inserto numa Constituição rígida adquire dimensão jurídica, mesmo aqueles de caráter mais acentuadamente ideológico-programático, premissa que significa rigorosamente: *não há norma constitucional alguma destituída de eficácia*. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre numa inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da Constituição a que aderem e a ordenação instaurada.[2]

2. Conceito de eficácia e aplicabilidade

3. Tentarei esclarecer, nesta oportunidade, algumas dúvidas sobre *eficácia* e *aplicabilidade* que têm merecido algumas observações críticas sob dois aspectos. O primeiro diz respeito à *distinção entre eficácia e aplicabilidade* e o segundo ao próprio *conceito de aplicabilidade*, que se revelaria uma tautologia no entender de um desses críticos.[3]

4. O texto que causou dúvidas está nas primeiras linhas da introdução ao meu livro sobre o tema, nos termos seguintes:

"Esta monografia se propõe a estudar a *aplicabilidade das normas constitucionais."*

"Aplicabilidade significa qualidade do que é aplicável. No sentido jurídico, diz-se da norma que tem possibilidade de ser aplicada, isto é, da norma que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos. Não se cogita de saber se ela produz *efetivamente* esses efeitos. Isso já seria uma perspectiva sociológica, e diz respeito à sua *eficácia social*,[4] enquanto nosso tema se situa no campo da ciência jurídica, não da sociologia jurídica".[5]

5. O primeiro a questionar a distinção entre eficácia e aplicabilidade, que decorre do texto, foi o pranteado Prof. Raul Machado Horta, quando me arguiu no concurso em que apresentei a monografia.[6] Ao responder à arguição, ponderei, em primeiro lugar, que, ao iniciar uma tese, é comum adiantar, desde logo, uma noção simples do tema, para que o leitor saiba do

que se trata, para que no desenvolvimento do texto a noção se vá apurando num conceito mais acabado. Assim o fiz. A terceira linha da tese, ao delimitar o tema, dá a noção: *aplicabilidade significa qualidade do que é aplicável*. Em segundo lugar, chamei a atenção do ilustrado mestre para outras passagens da obra em que o autor sustentava seu ponto de vista. Sobretudo, mostrei que monografia reservou um capítulo para tratar do problema da *eficácia constitucional*, onde se procurou distingui-la de outros fenômenos como a *positividade*, a *vigência*, a *facticidade*, a *observância* e a *efetividade*, discutindo aí a posição do sociologismo e do normativismo.

Observei, aí, que se toma a expressão *eficácia do direito* em dois sentidos. *A eficácia social* designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma;[7] refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada;[8] nesse sentido, a eficácia da norma diz respeito, como diz Kelsen, ao "fato real de que ela é efetivamente aplicada e seguida da circunstância de uma conduta humana, conforme a norma se verificar na ordem dos fatos".[9] É o que tecnicamente se chama *efetividade* da norma.[10] A *eficácia jurídica* é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Em se tratando de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. Por isso é que se diz que a *eficácia jurídica* da norma designa *a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita*;[11] nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. O alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade. Esta é, portanto, a medida da extensão em que o objetivo é alcançado, relacionando-se ao produto final. Por isso é que, em se tratando de normas jurídicas, se fala em eficácia social em relação à efetividade, porque o produto final objetivado pela norma se consubstancia no controle social que ela pretende, enquanto a eficácia jurídica é apenas a possibilidade de que isso venha a acontecer.

6. Conclui, notando a distinção entre eficácia e aplicabilidade:

"Uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Por conseguinte, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade,

praticidade.”

“Se a norma não dispõe de todos os requisitos para sua aplicação aos casos concretos, falta-lhe eficácia, não dispõe de aplicabilidade. Esta se revela, assim, como possibilidade de aplicação. Para que haja essa possibilidade, a norma há que ser capaz de produzir efeitos jurídicos”. [12]

7. A outra arguição é a de que o conceito de aplicabilidade é tautológico. Diz a crítica que definir aplicabilidade como a qualidade do que é aplicável ou daquilo que pode ser aplicado é incorrer em tautologia, porque o sujeito e o predicado da proposição definicional expressam o mesmo conceito e o conteúdo, que, em termos kantianos, a proposição é um juízo analítico e não um juízo sintético nem um juízo sintético *a priori*.[13] Não é o caso de entrar aqui na discussão dos juízos analíticos.[14] Apenas observo que, em geral, aqueles que identificam analiticidade com tautologia reduzem o juízo analítico a uma sinonímia, como “nenhum solteiro é casado”, o que significa fazer *tautonímia* e não propriamente tautologia. Ora, o meu conceito acabado de aplicabilidade não é redutível a “A=A”. É fácil verificar isso, primeiro porque não é uma proposição atributiva, já que esta se constrói com a cópula “é” ou “são”, mas uma proposição objetiva: “*aplicabilidade* significa a *qualidade* do que é aplicável”. Não se disse “aplicabilidade é aplicável” nem “aplicabilidade é o que é aplicável”; nem esta última proposição seria tipicamente tautológica, a não ser no sentido de toda proposição atributiva, em que o atributo explicita um dos elementos do sujeito (aqui a “qualidade”), sem ser mera repetição deste como nas proposições sinonímias (“A=A”), geradoras de tautonímias.[15]

3. Conceito de normas constitucionais

8. *Normas constitucionais* são todas as regras que integram uma Constituição rígida.[16] Isso não exclui o reconhecimento de disposições de conteúdo constitucional *fora* desse documento solene estabelecido pelo poder constituinte, mas estas são constitucionais apenas em sentido material, como as que se contêm, por exemplo, nos códigos eleitorais, as quais, no entanto, perdem seu significado constitucional, precisamente porque não se distinguem por sua hierarquia das demais prescrições do ordenamento jurídico.

Importa, pois, apenas o conceito de normas constitucionais formais, assim consideradas, como visto, todas as que integram uma constituição rígida, nada interessando seu conteúdo efetivo, porque só elas constituem fundamento de validade do ordenamento jurídico. Mas é preciso notar que as normas constitucionais, por natureza (normas constitucionais materiais), que aderem a tal documento também são constitucionais, evidentemente, até porque se tornaram formais na medida em que nele foram inscritas, coincidindo aqui o material e o formal.

9. A característica marcante das normas constitucionais consiste na sua *supremacia*, que é corolário da rigidez da Constituição. Pode-se mesmo dizer que é o princípio da supremacia formal que consubstancia o conceito de normas constitucionais, uma vez que, sem ele, tais normas não teriam diferença alguma das normas da legislação ordinária. É a supremacia, pois, que define a distinção formal entre normas constitucionais e as demais normas do ordenamento jurídico. Significa que as normas constitucionais estão no vértice do ordenamento jurídico, como *têtes de chapitre* dos demais ramos do direito, conforme anotava Pellegrino Rossi. E é desse princípio da supremacia que decorre a posição de superioridade hierárquica das normas constitucionais, que, por isso mesmo, constituem fundamento de validade das demais normas jurídicas, do qual resulta também o princípio da *compatibilidade vertical* das normas do ordenamento jurídico, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com a de grau superior.

4. Estrutura das normas constitucionais

10. Não só deve ficar firmada a natureza jurídico-constitucional de todas as normas das Constituições rígidas, como sua natureza de direito constitucional. Nossa Constituição, como a maioria das cartas políticas contemporâneas, contém regras de diversos tipos, função e natureza, por postularem finalidades diferentes, mas coordenadas e inter-relacionadas entre si, formando um sistema de normas que se condicionam reciprocamente. Algumas delas são plenamente eficazes e de aplicabilidade imediata, outras são de eficácia reduzida, dependem de legislação que lhes integre o sentido e atue sua incidência, não são de aplicabilidade imediata, mas são aplicáveis até onde possam. “Nenhuma Constituição é perfeita”

[diz bem Meuccio Ruini] “e qualquer uma dá lugar a ásperas contendas; mas, quando é aprovada, torna-se *a Constituição* e, se se pode pleitear-lhe a revisão, necessário, no entanto, respeitá-la e atuá-la”.[17] Toda Constituição nasce para ser aplicada, mas só é aplicável na medida em que corresponde às aspirações socioculturais da comunidade a que se destina. Nenhuma, porém, pode sair completa da autoridade constituinte de uma vez e toda armada.[18] Muitas de suas normas precisam ser regulamentadas por uma legislação integrativa ulterior que lhes dê execução e aplicabilidade plena. Mas isso não significa que haja, em seu texto, regras não jurídicas, como certa corrente doutrinária sustenta, especialmente em relação às ditas programáticas, nas quais vê simples indicação ao legislador futuro, que pode segui-las ou não, ou pode até dispor de modo divergente, negando-lhes, assim, a mínima eficácia jurídica.

11. Nossa tese contesta essa posição negativista, não só reafirmando a eficácia jurídica, maior ou menor, de todas as disposições constitucionais e, especialmente, destacando o importante papel que as chamadas normas programáticas exercem na ordem jurídica e no regime político do país. Essa é uma doutrina ultrapassada. Seria mesmo de estranhar houvesse normas não jurídicas – meramente indicativas – numa ordenação constitucional. Se uma constituição é um documento jurídico, um sistema normativo, e fundamentalmente jurídico, não forma sentido admitir que, nesse conjunto normativo, existam disposições não jurídicas, meramente diretivas e indicativas, como se sustenta para as normas programáticas.[19]

12. O problema está ligado à controvertida questão da estrutura lógica das normas jurídicas. Para a concepção tradicional, a “regra jurídica traduz um imperativo, a obrigatoriedade de um comportamento, uma exigência de ação ou de omissão”.[20] É frequente ler-se que Kelsen concebe as normas jurídicas como juízos hipotéticos e não como comandos ou imperativos.[21] São, antes, de acordo com o seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos.[22] Assim mesmo, acrescenta que não são apenas comandos, pois também são permissões e atribuições de poder e competência,[23] o que nos parece irrelevante, porque as normas permissivas e atributivas de poder ou competência também contêm comandos e imperativos no sentido de um *dever ser* que impõe (dados certos pressupostos) uma conduta prevista. Na doutrina kelseniana, as *proposições* jurídicas é que são juízos hipotéticos;[24] não são imperativos, mas juízos,

isto é, afirmações sobre um objeto dado ao conhecimento.[25] Carlos Cossio, concebendo a norma jurídica como juízo disjuntivo,[26] tece vigorosa crítica ao imperativismo.[27] Sente-se, contudo, que ele está interpretando a imperatividade como ordem ou mandado. Ora, a concepção da norma como imperativo não encerra o conceito de ordem nem de mandado, mas de uma regra que impõe determinado comportamento, sob a consequência de, não sendo espontaneamente observado, incidir eventualmente uma sanção.

13. No que tange às normas constitucionais, a terminologia difere um pouco. Certa corrente distingue-as em *diretivas* e *preceptivas;* estas se limitam a indicar uma direção ao legislador futuro, as quais não são verdadeiramente normas jurídicas e poderiam ser desobedecidas pelo legislador, sem violar a Constituição, só as primeiras seriam normas jurídicas, impondo comando positivo ou negativo.[28] Essa posição se identifica, em essência, com uma antiga concepção da doutrina e da jurisprudência norte-americana que distinguia as normas constitucionais em duas categorias: *(a)* as *mandatory provisions* (prescrições mandatórias), que seriam cláusulas constitucionais essenciais ou materiais, cujo cumprimento é obrigatório e inescusável; *(b)* as *directory provisions* (prescrições diretórias), de caráter regulamentar, podendo o legislador comum dispor de outro modo, sem que isso importasse na inconstitucionalidade de seu ato. Cooley, nos Estados Unidos, e Francisco Campos, entre nós, demonstraram a falta de fundamento dessa doutrina.[29] Este afirmara, com sua costumeira precisão, que essa distinção repugna ao regime de constituição rígida, e acrescenta, mais adiante, que "uma provisão constitucional, exatamente porque se contém no instrumento da constituição, é uma provisão essencial, indispensável e imperativa, por envolver de fato ou por pressuposto do legislador constituinte — pressuposição irremovível por argumentos em contrário — matéria de interesse público ou relativa a direitos individuais, de ordem substancial, portanto".[30]

14. Sob o aspecto que nos ocupa neste momento, podemos limitar-se à distinção que separa as normas jurídicas em *normas coercitivas* (*ius cogens,* normas cogentes, taxativas na terminologia de Del Vecchio)[31] e *normas dispositivas (ius dispositivum).*

Coercitivas, de acordo com a doutrina, são as que impõem uma ação ou uma abstenção independentemente da vontade das partes, classificando-se, por isso, em *normas preceptivas (ou,* segundo outros, *imperativas)* e em

normas proibitivas.[32]

Dispositivas são as que "completam outras ou ajudam a vontade das partes a atingir seus objetivos legais, porque da natureza imperativa do direito não se segue que ele não leve em conta ou suprima sempre a vontade individual".[33] São normas que possibilitam uma acomodação particular, e só serão aplicáveis na inexistência de acordo das partes,[34] às quais pertencem as normas de interpretação e as integrativas ou supletivas.[35] Todas são, porém, imperativas, porque, dadas certas condições ou hipóteses previstas, incidem obrigatoriamente.[36]

5. O problema da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais

15. A questão por último posta já envolve o problema da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais, que a jurisprudência e a doutrina constitucional norte-americana conceberam de maneira muito peculiar, classificando-as, do ponto de vista de sua aplicabilidade, em *self-executing provisions* e *not self-executing provisions*,[37] que os autores divulgaram, entre nós, pela tradução, respectivamente, de *disposições* (normas, cláusulas) *autoaplicáveis ou autoexecutáveis, ou aplicáveis por si mesmas ou* ainda *bastantes em si*, e *disposições não autoaplicáveis, ou não autoexecutáveis, ou não executáveis por si mesmas, ou* ainda *não bastantes em si*.[38] As do primeiro grupo são as desde logo aplicáveis, porque revestidas de plena eficácia jurídica, por regularem diretamente as matérias, situações ou comportamentos de que cogitam, enquanto as do segundo grupo são as de aplicabilidade dependente de leis ordinárias.

16. A distinção surgiu da verificação de que as constituições consubstanciam normas, princípios e regras de caráter geral, a serem convenientemente desenvolvidas e aplicadas pelo legislador ordinário, já que não podem, nem devem, descer às minúcias de sua aplicação. São, na expressão de Ruy, "largas sínteses, sumas de princípios gerais, onde, por via de regra, só se encontra o *substractum* de cada instituição nas suas normas dominantes, a estrutura de cada uma, reduzida, as mais das vezes, a uma característica, a uma indicação, a um traço. Ao legislador cumpre,

ordinariamente, revestir-lhes a ossatura delineada, impor-lhes o organismo adequado, e lhes dar capacidade de ação".[39]

17. A classificação pura e simples das normas constitucionais em *autoaplicáveis* e *não autoaplicáveis* não correspondia, porém, à realidade das coisas e às exigências da ciência jurídica, nem às necessidades práticas de aplicação das constituições, pois sugeria a existência, nestas, de normas ineficazes e destituídas de imperatividade, como bem demonstra o conceito de Cooley, quando falava em regras "sem estabelecer normas por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei". O próprio Ruy, no entanto, já reconhecia que não "há, numa Constituição, cláusulas, a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos".[40] Nem as normas ditas autoaplicáveis produzem por si mesmas todos os efeitos possíveis, pois são sempre passíveis de novos desenvolvimentos mediante legislação ordinária, nem as ditas não autoaplicáveis são de eficácia nula, pois produzem efeitos jurídicos e têm eficácia ainda que relativa e reduzida.

Cada norma constitucional é sempre executável por si mesma *até onde possa, até onde seja suscetível de execução.* O problema situa-se, justamente, na determinação desse limite, na verificação de quais os efeitos parciais e possíveis de cada uma.

Do mesmo modo que se pode afirmar que não há norma constitucional alguma de todo ineficaz, "porque todas são, de modo unívoco, *constitucionalmente* cogentes em relação a seus destinatários", como assinala De Simone,[41] também se pode sustentar que nenhuma é, em si, completa, como nota Crisafulli, visto que "não se saberia verdadeiramente em que fazer consistir o caráter completo de uma norma; cada norma, em certo sentido, é incompleta, porque geral e abstrata, tanto que necessita do trabalho do intérprete para tornar-se concretamente aplicável aos casos singulares da vida social, compreendidos na respectiva categoria; existem, demais disso, normas mais ou menos... incompletas, ou, em outros termos, que requerem operações mais ou menos demoradas e complexas de interpretação para preencher-se o hiato que sempre separa a regra abstrata do caso historicamente individual que se trata de regular concretamente".[42]

18. A teoria clássica norte-americana, ademais, não destacava, como acentua a crítica, a importância das chamadas normas programáticas que

revelam o novo caráter das constituições contemporâneas, não oferecendo uma visão ordenada e científica de seus variados efeitos jurídicos, assim como das demais normas de princípios constantes das cartas políticas do mundo atual, que consagram novos valores e reclamam a realização de outros ideais na vida política e social, perseguindo a concretização do bem comum.[43]

Disso tudo defluía [como notou Meirelles Teixeira] a necessidade de reelaboração doutrinária da matéria, aproveitando-se, sem dúvida, muito do ensinamento da clássica teoria das normas *autoaplicáveis* e *não autoaplicáveis,* dando-lhe, porém, formulação mais adequada àqueles novos conteúdos das constituições contemporâneas, mais voltadas para a efetivação de valores sociais.[44]

19. Essa reelaboração principiou pela doutrina italiana. De fato, a partir de decisões judiciais sobre a eficácia e aplicabilidade de certas normas da Constituição de seu país, os autores italianos concentraram-se na análise científica do tema, empenhando-se em largos dissídios doutrinários desde os pontos de vista mais extremados até alcançar uma orientação, ainda não satisfatória, mas já capaz de produzir resultados alentadores, mormente porque salientam a grande importância das chamadas normas programáticas na ordenação jurídica, em que se inserem.[45]

Dessas decisões surgiram duas afirmativas, que encontraram eco em parte da doutrina, mas geraram penetrante crítica, também. A primeira consistiu na classificação das normas constitucionais, quanto à eficácia, em *preceptivas* e *diretivas,* semelhante àquela distinção das normas em *mandatórias* e *diretórias* da doutrina norte-americana, já ultrapassada. A segunda se refere à distinção das normas constitucionais em *programáticas* e de *natureza jurídica*, o que equivale, consequentemente, a negar juridicidade às primeiras. A maioria dos autores, porém, teceu severas críticas a essa teoria, e seria mesmo de estranhar houvesse, numa constituição rígida, instrumento jurídico dotado de supremacia e superlegalidade, normas que não fossem de natureza jurídica. O simples fato de serem inscritas nela, atribui-lhes natureza de normas fundamentais e essenciais, e não se pode duvidar de sua juridicidade, nem de seu valor normativo.[46] Não se nega que as normas constitucionais têm eficácia e valor jurídico diversos umas de outras, mas isso não autoriza a recusar-lhes juridicidade. Não há norma constitucional de valor meramente moral ou de

conselho, avisos ou lições, já dissera Ruy, consoante mostramos noutro lugar. Todo princípio inserto numa constituição rígida adquire dimensão jurídica, mesmo aqueles de caráter mais acentuadamente dirigentes.

20. Enfim, com todas essas discordâncias[47] e posições insustentáveis, a jurisprudência e a doutrina italiana formularam uma classificação das normas constitucionais quanto à eficácia e à aplicabilidade, que, assim, se apresenta: *(a)* normas *diretivas*, ou *programáticas*, dirigidas essencialmente ao legislador; *(b)* normas *preceptivas*, *obrigatórias*, de aplicabilidade imediata; *(c)* normas *preceptivas, obrigatórias*, mas não de aplicabilidade imediata.[48]

As *normas diretivas* não contêm qualquer preceito concreto, mas dão somente diretivas ao legislador futuro, e não excluem, de modo absoluto, a possibilidade de que sejam emanadas leis não conformes com elas, e menos ainda atingem, de qualquer maneira, as leis preexistentes. As *normas preceptivas* de *aplicabilidade imediata* contêm comandos jurídicos de aplicação *direta* e *imediata*, invalidam qualquer lei nova discordante, e modificam ou ab-rogam as anteriores que, com elas, contrastem. As *normas preceptivas* de aplicabilidade *direta*, mas *não imediata*, porque requerem outras normas jurídicas integrativas, invalidam também novas leis infringentes, mas, enquanto a sua aplicação permanecer suspensa, não atingirão a eficácia das leis anteriores.[49]

Essa classificação e sua terminologia são falsas e inaceitáveis pela própria improcedência das premissas em que assentam, pois fundamentam-se na distinção entre normas constitucionais jurídicas e não jurídicas, que já criticamos. Normas puramente diretivas não existem nas constituições contemporâneas.[50] Em sentido geral, já demonstramos, com base na melhor doutrina, que todas as normas jurídicas são dotadas de imperatividade, mesmo as permissivas. Mostraremos, ainda, que as chamadas normas programáticas, tidas pela doutrina *supra*, como diretivas e ineficazes, exercem relevante função na ordenação jurídica do país, e têm efeitos jurídicos de suma importância, não se dirigindo só aos legisladores, como não raro se afirma.

21. É preciso, portanto, dar um passo a mais na caracterização das normas constitucionais, do ponto de vista de sua eficácia jurídica, que constitui a base de sua aplicabilidade. É o que tentaremos resumir no parágrafo seguinte, depois de indicar a insuficiência de outra posição doutrinária,

para, nas páginas ulteriores, oferecer uma síntese, que servirá, a um tempo, de análise demonstrativa e de sustentação científica.

6. A tríplice característica das normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade

22. Temos que partir, aqui, daquela premissa já tantas vezes enunciada: não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre numa inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem, e na nova ordenação instaurada. O que se pode admitir é que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte, enquanto não se emitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida.

Se todas têm eficácia, sua distinção, sob esse aspecto, deve ressaltar essa característica básica e ater-se à circunstância de que se diferenciam tão só quanto ao grau de seus efeitos jurídicos. É insuficiente, a nosso ver, separá-las em dois grupos, como insinuam certos autores: *(a) normas constitucionais de eficácia plena,* que seriam aquelas de imediata aplicação; *(b) normas constitucionais de eficácia limitada,* distinguindo-se estas, ainda, em: 1) *normas de legislação,* e 2) *normas programáticas.*[51]

Essa classificação considera as normas referentes aos direitos e garantias individuais como *de legislação,* quando mencionam uma legislação futura que regulamente seus limites.

23. Parece-nos necessário discriminar ainda mais, a fim de fazer-se uma separação de certas normas que preveem uma legislação futura, mas não podem ser enquadradas entre as de eficácia limitada. Em vez, pois, de dividir as normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade, em dois grupos, achamos mais adequado considerá-las sob tríplice característica, discriminando-as em três categorias:

I – normas constitucionais de eficácia plena;

II – normas constitucionais de eficácia contida;

III – normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

Na primeira categoria, incluem-se todas as normas que, desde a entrada

em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente, e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.

Por isso, pode-se dizer que as normas de eficácia plena sejam de *aplicabilidade direta, imediata* e *integral* sobre os interesses objetos de sua regulamentação jurídica, enquanto as normas de eficácia limitada são de *aplicabilidade indireta, mediata* e *reduzida,* porque somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a eficácia, conquanto tenham uma incidência reduzida e surtam outros efeitos não essenciais, ou melhor, não dirigidos aos valores-fins da norma, mas apenas a certos valores-meios e condicionantes, como melhor se esclarecerá depois. As normas de eficácia contida também são de *aplicabilidade direta, imediata,* mas *não integral,* porque sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade.

25. É fácil observar, pela simples leitura das constituições contemporâneas, que as normas de eficácia limitada apresentam categorias distintas. Basta um exemplo extraído de nossa Constituição, comparando-se duas de suas disposições: *(a) A lei disporá sobre a organização administrativa e judiciária dos Territórios* (art. 33), ou *A lei disporá sobre a criação, estruturação e atribuições dos Ministérios* (art. 88), ou ainda *A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho da República* (art. 90, § 2º) e *A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional* (art. 91, § 2º), trata-se, como desde logo se vê, de prescrições constitucionais de eficácia limitada, pois não regulam direta e imediatamente a matéria referente às entidades e aos órgãos mencionados; o constituinte preferiu incumbir dessa tarefa o legislador ordinário (*a lei*

indicará…, regulará…, a lei disporá…); (b) A saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196) ou *É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um* (art. 217), "dever do Estado", aí, não impõe propriamente uma obrigação jurídica, mas traduz um princípio segundo o qual a saúde e o desporto para todos e cada um se incluem entre os fins estatais e devem ser atendidos; sente-se, por isso, que as prescrições têm eficácia reduzida, mas também se nota sua diferença em relação àquelas outras, especialmente quanto aos objetivos sociais e aos meios de sua atuação prática. Aquelas dependem de legislação (a *lei disporá… regulará* etc.), o constituinte incumbiu ao legislador ordinário a sua executoriedade, mediante normatividade ulterior. As últimas não remetem à lei, estabelecem apenas uma finalidade, um princípio, mas não impõem propriamente ao legislador a tarefa de atuá-las, mas requerem uma política pertinente à satisfação dos fins positivos nelas indicados.

Baseada nessas circunstâncias, a doutrina, como já indicamos, estabeleceu uma divisão das normas de eficácia limitada em dois grupos: *(a) normas programáticas*, como as dos arts. 196 e 217 citados, que versam sobre matéria eminentemente *ético-social*, constituindo verdadeiramente programas de ação social (econômica, religiosa, cultural etc.); e *(b) normas de legislação*, como aquela primeiramente apresentada, que não têm conteúdo *ético-social*, mas se inserem na parte organizativa da Constituição.[52]

26. Reconhecemos a dificuldade de encontrar uma terminologia que exprima sinteticamente e com fidelidade o fenômeno que está nos preocupando. Todas as normas de eficácia reduzida, no entanto, limitam-se a positivar *princípios ou esquemas* sobre a matéria objeto da cogitação do constituinte, o qual deixa, ao legislador ordinário ou a outros órgãos de governo, sua concreção normativa, refiram-se ou não a uma legislação futura. A diferença é que umas declaram princípios regulativos ou institutivos e outras princípios programáticos. Por outro lado, o critério da legislação futura é falho porque há normas constitucionais de eficácia direta e aplicabilidade imediata que também mencionam uma legislação futura, como ilustram algumas normas que outorgam direitos e garantias constitucionais. Exemplo: "*os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei*" (art. 37, I). Em casos como esse, o direito conferido não fica na dependência da lei futura; as restrições ao exercício desse direito é que

dependem de legislação. Esta, em consequência, servirá para limitar a expansão da eficácia normativa, pelo que se poderá admitir, como já admitimos, a *classe das normas de eficácia contida,* isto é, normas cuja eficácia é contida em certos limites pelo legislador ordinário ou por outro sistema (poder de polícia, bons costumes, ordem pública etc.). Se a contenção, por lei restritiva, não ocorrer, a norma será de aplicabilidade imediata e expansiva.

27. À vista do que acaba de ser exposto, cremos que já é possível apresentar uma classificação mais aproximada da realidade constitucional de nossos dias, conforme o seguinte esquema:

Normas constitucionais quanto à eficácia e aplicabilidade	(1) normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; (2) normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral; (3) normas de eficácia limitada: *(a)* declaratórias de princípios institutivos ou organizativos; *(b)* declaratórias de princípio programático.[53]

28. Essa classificação foi bem recebida pela doutrina e pelos tribunais. Apesar disso, alguns doutrinadores a criticaram, sem levar em conta que, desde a primeira edição de meu livro, observei:

"Não é fácil determinar um critério, para distinguir as normas constitucionais de eficácia plena daquelas de eficácia contida ou limitada. Constitui mesmo, esse, um problema tormentoso de interpretação das normas constitucionais, e a sua solução se reveste, não obstante, de grande importância prática".[54]

29. Um dos critérios de distinção adotado foi a do exame *caso por caso* para se saber que efeitos as normas possam e devam produzir. Essa solução empírica provoca insegurança nas relações jurídicas constitucionais, pois deixa especialmente os governados ao desabrigo da certeza do direito que deve ser um dos valores-meios básicos do direito constitucional. Foi ela acerbamente criticada pela doutrina italiana,[55] sem embargo de ter encontrado apoio em alguns autores.[56] Outros apoiaram a distinção na diferenciação entre *constituição formal* e *constituição efetiva.* Quando as normas da *constituição formal* coincidem com as da *constituição efetiva,*

dizem-se preceptivas (de eficácia plena, de acordo com nossa terminologia); se não houver tal coincidência, são diretivas (de eficácia limitada, programáticas), e servem para indicar ao legislador a necessidade de manifestar a vontade do Estado, emitindo uma lei.[57] Trata-se de uma tese perigosa, especialmente pelas premissas em que se fundamenta. Demais, a assertiva de que as normas da constituição formal só são eficazes (preceptivas) quando coincidem com a constituição efetiva, deixa em aberto uma grave questão, qual seja: a quem cabe aferir essa coincidência, o órgão legislativo, o executivo ou o judiciário? Qualquer que seja, porém, a resposta, ainda permaneceria um problema: que validade tem o ato constituinte? O poder constituinte, então, não cria nada? Parece-nos, também, frustrada a tentativa de basear-se a distinção, entre normas constitucionais de eficácia plena e as de eficácia limitada, na natureza dos destinatários dessas normas, afirmando-se que as primeiras têm como destinatários todos os sujeitos da ordem jurídica estatal em geral, enquanto as outras se dirigem direta e unicamente ao legislador, em relação ao qual são obrigatórias. O critério é falso, por assentar-se numa premissa não definida, desde que é muito controvertida a questão dos destinatários das normas jurídicas. Nem mesmo se sabe, ao certo, o que se deva entender por *destinatários* das normas jurídicas.

7. Normas constitucionais de eficácia plena

30. Na verdade, não nos parece possível estabelecer um critério único e seguro para distinguir as normas constitucionais de eficácia plena das demais. Completa, nesse sentido, será a norma que contenha todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta. Todas as normas regulam certos interesses em relação a determinada matéria. Não se trata de regular a matéria em si, mas de definir certas situações, comportamentos ou interesses vinculados a determinada matéria. Quando essa regulamentação normativa é tal que se pode saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma, é possível afirmar-se que esta é completa e juridicamente dotada de plena eficácia, embora possa não ser socialmente eficaz. Isso se reconhece pela própria linguagem do texto, porque a norma de eficácia plena dispõe peremptoriamente sobre os interesses regulados.

Alguns exemplos extraídos aqui e ali, da Constituição Federal, ilustram essa ideia geral sobre as normas plenamente eficazes e de aplicabilidade imediata:

(1) “A República Federativa do Brasil [é] formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal” (art. 1º);[58]

(2) “É vedada a cassação dos direitos políticos” (art. 15), “É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar” (art. 17, § 4º);

(3) “A eleição do Governador e do Vice-Governador de Estado, para mandato de 4 (quatro) anos, realizar-se-á no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato de seus antecessores, e a posse ocorrerá em primeiro de janeiro do ano subsequente, observado, quanto ao mais, o disposto no art. 77” (art. 28);

(4) “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal” (art. 44);

(5) “Cada legislatura durará quatro anos” (art. 44, parágrafo único);

(6) “A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal” (art. 45);

(7) “Cada Estado e o Distrito Federal elegerão três senadores com mandato de oito anos” (art. 46, § 1º);

(8) “A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem” (art. 60, § 3º);

(9) “O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado” (art. 76);

(10) “As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos” (art. 145, § 2º);

(11) “O casamento será civil e gratuita a sua celebração” (art. 226, § 1º).

Convém observar que, muitas vezes, uma norma insulada não se apresenta com o caráter peremptório de sua eficácia plena, mas, se a compreendermos dentro do conjunto de disposições reguladoras de um determinado instituto, veremos que ela se integra do caráter pleno necessário à sua aplicabilidade imediata. Outras vezes, isoladamente dá ela

a impressão de eficácia muito mais ampla do que realmente tem, como é o caso da vedação de equiparação e vinculação prevista no art. 37, XIII, e a de que o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, pois outras normas há na Constituição que restringem o âmbito de incidência dessas normas ou pelo menos abrem exceções à sua incidência.

31. Em suma, como já acenamos anteriormente, são de eficácia plena as normas constitucionais que: *(a)* contenham vedações ou proibições; *(b)* confiram isenções, imunidades e prerrogativas; *(c)* não designem órgãos ou autoridades especiais, a que incumbam especificamente sua execução; *(d)* não indiquem processos especiais de sua execução; *(e)* não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentem suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados.

32. Em síntese, as normas de eficácia plena são aquelas que estabelecem conduta jurídica positiva ou negativa com comando certo e definido, incrustando-se, predominantemente, entre as regras organizativas e limitativas dos poderes estatais, e podem conceituar-se como sendo *aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constitutinte, direta e normativamente, quis regular.*[59] Incidem diretamente sobre os interesses a que o constituinte quis dar expressão normativa. São de *aplicabilidade imediata,* porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade. No dizer clássico, são autoaplicáveis. As condições gerais, para essa aplicabilidade, são a existência apenas do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se só pelo fato de serem normas jurídicas, que pressupõem, no caso, a existência do Estado e de seus órgãos.

8. Normas constitucionais de eficácia contida

33. Têm natureza de normas imperativas, positivas ou negativas, limitadoras do Poder Público, valendo dizer, consagradoras, em regra, de direitos subjetivos dos indivíduos ou de entidades públicas ou privadas. E as regras de contenção de sua eficácia constituem limitações a esses direitos

e autonomias. Muitas dessas normas fazem menção a uma legislação futura, motivo por que alguns as incluem entre as normas de eficácia limitada. Trata-se, a nosso ver, de equívoco manifesto, porquanto o fato de remeterem a uma legislação futura não autoriza equipará-las a outras que exigem uma normatividade ulterior integrativa de sua eficácia. O contrário é que se verifica, conforme mostraremos daqui a pouco, pois, com relação a elas, a legislação futura, antes de completar-lhes a eficácia, virá impedir a expansão da integridade de seu comando jurídico. Acresce ainda que algumas normas desse tipo indicam elementos de sua restrição, que não a lei, mas certos conceitos de larga difusão no direito público, tais como *ordem pública, segurança nacional ou pública, integridade nacional, bons costumes, necessidade ou utilidade pública, perigo público iminente* etc., que, com a lei prevista ou a ocorrência de determinadas circunstâncias que fazem incidir outras normas constitucionais, importam em limitação da eficácia de normas geradoras de situações subjetivas ativas ou de vantagem.[60]

Isso implica o surgimento de um grupo de normas constitucionais diferentes das de eficácia plena e das de eficácia limitada, exigindo tratamento à parte, porque, conquanto se pareçam com aquelas (são de aplicabilidade imediata) sob o aspecto da aplicabilidade, delas se distanciam pela possibilidade de contenção de sua eficácia, mediante legislação futura ou outros meios; e, se se assemelham às de eficácia limitada pela possibilidade de regulamentação legislativa, destas se afastam sob o ponto de vista da aplicabilidade e porque a intervenção do legislador tem sentido exatamente contrário: restringe o âmbito de sua eficácia e aplicabilidade, em vez de ampliá-lo como se dá com as de eficácia limitada.

34. Autores há que sugerem *normas de eficácia "contível"*, em lugar, de *normas de eficácia "contida*", porque elas contêm a possibilidade de ser contidas e o "contível" é que exprimiria essa potencialidade, enquanto o "contida", passado, revelaria já o efeito da contenção. Outros preferem falar em norma *restringível*, passível de restrição. O fato importante, contudo, é que se reconhece o fenômeno que queríamos apontar. Mais profunda é a crítica do Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, quando declara que a distinção entre "normas de eficácia plena" e "normas de eficácia contida" não separa duas espécies de normas quanto à eficácia, mas duas subespécies de normas em que está presente a plenitude da eficácia. Rigorosamente, a lição de José Afonso da Silva levaria, dentro da lógica, a distinguir duas

espécies de normas quanto à eficácia e à aplicabilidade: as *normas plenamente eficazes e de aplicação desde a vigência*, e as *normas de eficácia limitada e aplicabilidade reduzida*. E a subdivisão das primeiras em: *normas plenamente eficazes propriamente ditas* (as que ao ver de José Afonso da Silva não poderiam ter o seu alcance restringido pelo legislador) e as *normas de eficácia* plena e aplicabilidade imediata mas *restringível* pelo legislador.[61] É observação que não muda a essência das coisas, pois o essencial é que se reconhece a existência da diferença entre ambas, seja como gêneros diversos, seja como espécies do mesmo gênero; nem a lógica formal aplicada pelo ilustre professor melhora muito, pois, para estremar uma das espécies da outra, ele teve de utilizar a expressão "normas plenamente eficazes *propriamente ditas*", o que significa que, se são "propriamente ditas", é porque essa espécie representa a natureza essencial do gênero, enquanto a outra que não é "propriamente dita" é algo de essência diversa.

35. A peculiaridade das normas de eficácia contida configura-se nos seguintes pontos:

I – são normas que, em regra, solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura, mas o apelo ao legislador ordinário visa a restringir-lhes a plenitude da eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos, indivíduos ou grupos;

II – enquanto o legislador ordinário não expedir a normação restritiva, sua eficácia será plena, nisso também diferem das normas de eficácia limitada, de vez que a interferência do legislador ordinário, em relação a estas, tem o escopo de lhes conferir plena eficácia e aplicabilidade concreta e positiva;

III – são de aplicabilidade direta e imediata, visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam;

IV – algumas dessas normas já contêm um conceito ético juridicizado (bons costumes, ordem pública etc.), como valor societário ou político a preservar, que implica a limitação de sua eficácia;

V – sua eficácia pode ainda ser afastada pela incidência de outras normas constitucionais, se ocorrerem certos pressupostos de fato (estado de sítio, por exemplo).

36. Sem necessidade de pesquisa mais aprofundada, descobriremos na

Constituição Federal a ocorrência das normas de *eficácia contida* especialmente entre aquelas que instituem direitos e garantias individuais, mas também elas vão despontando em outros contextos. Ofereceremos alguns exemplos em seguida.

Legislação restritiva. Art. 5º, VIII: "ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, *fixada em lei*". Confirma-se, nesse inciso, a liberdade de crença assegurada no inc. VI do mesmo artigo e de convicção filosófica ou política, que encontra fundamento no inc. IV e no art. 220, § 2º, como formas de manifestação de pensamento. Nessa parte, a regra é plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata, mas essa eficácia pode ser *contida* (*restringida*), em relação àquele que se eximir de obrigação legal imposta a todos e se recusar a cumprir prestação alternativa, *fixada em lei*.

Outro exemplo é a regra da primeira parte do art. 37, I, com a redação da EC-19/98, que dispõe: "Os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros *que preencherem os requisitos estabelecidos em lei*, assim como aos estrangeiros, na forma da lei". A própria Constituição prevê alguns requisitos, como aprovação em concurso público, o que, antes de constituir uma restrição, na verdade, é uma garantia de oportunidade para todos. No direito administrativo brasileiro, há leis que dispõem sobre os requisitos para concorrer aos cargos, empregos e funções públicas conforme autoriza o texto constitucional em tela. Mas, supondo que determinado Município não tenha lei própria, que estabeleça requisitos de acessibilidade aos cargos públicos municipais, isso não impede a aplicabilidade daquela garantia constitucional funcional, pois a regra é plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata. A lei prevista na primeira parte do inciso questionado não tem por objeto dar-lhe aplicabilidade, que ele já possui por si, mas objetiva o estabelecimento de restrições à sua eficácia.

Ordem pública e bons costumes. Demos exemplos de normas de eficácia contida mediante lei. Vamos examinar, agora, outras, cuja eficácia sofre restrições por motivo de ordem pública, bons costumes e paz social.

Um exemplo expressivo tínhamos no art. 153, § 5º, da Constituição de 1969, que declarava que era plena a liberdade de consciência e ficava assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, *que não contrariassem a ordem pública e os bons costumes.* Embora a Constituição

de 1988 não tenha reproduzido um texto com o mesmo teor, vale a pena discutir a questão, não só porque ilustra a nossa tese, mas especialmente porque se pode indagar se esses conceitos éticos juridicizados não perduram no ordenamento constitucional vigente. Certamente, podemos adiantar que os de ordem pública e paz social o permeiam ainda, como fundamento expresso do poder de polícia e de outras formas de limitação de direitos.[62]

Assim colocado o problema da ordem pública, cuidemos de outro conceito, que o art. 153, § 5º, da Constituição de 1969 trazia como limite à eficácia daquela norma definidora da liberdade religiosa e de culto: *os bons costumes*. Aquela Constituição, assim, não admitia a possibilidade de cultos religiosos contrários aos *bons costumes*.

A expressão *bons costumes* é daquelas que aparecem no direito com o objetivo de justificar a atuação da competência discricionária do poder público. Seu conceito é difícil de fixar objetivamente. A evolução social sempre importa na mudança da tábua de valores, com a transformação de hábitos e atitudes que, num momento, podem contrariar os bons costumes e, em outro momento, já se tornam perfeitamente compatíveis com ele. Barile define o *bom costume* "como aquele complexo de regras que a opinião pública reconhece válidas num dado momento histórico em relação à proteção contra a obscenidade e contra as ofensas à decência pública".[63] Excluiu o equívoco conceito da *moralidade média*, que figurava nessa definição, em outra obra sua,[64] isso porque um conceito de "moralidade média", segundo afirma, é estranho à função do Estado democrático, que não é "Estado ético", mas um Estado que deixa a moral à consciência dos indivíduos e se limita a tutelá-la sob o prisma exclusivo da convivência pacífica e, pois, no caso em exame, sob o prisma da obscenidade da decência pública.[65] Aceitamos a doutrina do autor, com a observação de que a Constituição de 1988 não traz explicitamente aquela expressão, mas a ideia de *bons costumes* como *ordem moral* é subjacente ao ordenamento jurídico.[66] *8. Necessidade ou utilidade pública, interesse social ou econômico, perigo público iminente* são outros tantos conceitos que interferem com a eficácia de determinadas normas constitucionais. Com base neles, o poder público pode limitar situações subjetivas, circunscrevendo a autonomia de sujeitos privados especialmente em relação ao direito de propriedade.

O inc. XXII do art. 5º garante o direito de propriedade, mas os incs. XXIV

e XXV oferecem os elementos de suas limitações, permitindo sua desapropriação por *necessidade ou utilidade pública ou* por *interesse social,* bem como o seu uso pela autoridade competente no caso de *perigo público iminente.*

Segurança pública, segurança nacional e *integridade nacional. A segurança pública* é outro conceito de que se serve o poder de polícia, com o escopo de "acertar a conduta dos indivíduos com vista à observância dos limites impostos pela lei à sua liberdade".[67] A Constituição italiana, em vários dispositivos, faz expressa menção à segurança pública, como limite às situações subjetivas de vantagem,[68] a nossa não é tão explícita, mas o conceito consta do art. 144, como fundamento do poder de polícia, que é, como se sabe, um poder de limites a direitos individuais.

Outro conceito correlato com aqueles é o de *integridade nacional.* Com base nele, a União pode intervir nos Estados (art. 34, I), derrogando as normas consagradoras da autonomia estadual, que ocorre no caso de um Estado ou parte dele pretender desligar-se da Federação, quer para constituir-se em país independente, quer para integrar-se noutro país. Integridade nacional, portanto, é noção correspondente à integridade do território nacional. Não fere a integridade nacional o fato de governador e povo de um Estado se oporem politicamente ao governo da União. Tal fato não justifica nem a intervenção no Estado nem medidas especiais no caso de estado de sítio ou estado de defesa.

37. As normas de eficácia contida têm natureza de normas imperativas, positivas ou negativas, limitadoras do poder público, valendo dizer consagradoras, em regra, de direitos subjetivos dos indivíduos ou de entidades públicas ou privadas. E as regras de contenção de sua eficácia constituem limitações a esses direitos e autonomias ou são regras e conceitos limitativos das situações subjetivas de vantagem.[69]

38. *Normas de eficácia contida,* portanto, *são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.* São normas de aplicabilidade imediata e direta. Tendo eficácia independente da interferência do legislador ordinário, sua aplicabilidade não fica condicionada a uma normação ulterior, mas fica dependente dos limites (daí eficácia contida)

que ulteriormente se lhe estabeleçam mediante lei, ou de que as circunstâncias restritivas, constitucionalmente admitidas, ocorram (atuação do poder público, para manter a ordem, a segurança pública, a defesa nacional, a integridade nacional etc., na forma permitida pelo direito objetivo).

9. Normas constitucionais de eficácia limitada

39. Aqui temos um campo de larga controvérsia. Por isso, desde a primeira edição de minha monografia sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, preocupei-me com o problema terminológico:

"O problema da linguagem constitui o grande drama da metodologia jurídica. A busca do termo próprio, a especificação do sentido em que uma palavra está sendo empregada, são tarefas que se colocam como preliminares, especialmente para o publicista, a quem não fica mal possuir a neurose do termo certo, da precisão técnica, mas não ao ponto de perder de vista a lição de Galizia segundo a qual 'o jurista, operando com enunciações linguísticas, deve formular uma linguagem científica, que, procurando adequar-se a urna maior exatidão e especificidade, tenda, contemporaneamente, a apartar-se, o menos possível, da linguagem comum'".[70]

"Não raro, porém, acontece que o publicista rebusca os escaninhos da rica língua portuguesa e não depara uma expressão adequada para exprimir o objeto que tem em mente. Dança ele, então, na terminologia imprecisa, e acaba cunhando urna própria, tomado ainda da dúvida sobre se expressa com precisão o conceito pretendido. Foi assim que preferimos denominar *normas constitucionais de princípio* aquelas em que se subdividem as *normas constitucionais de eficácia limitada,* ou seja, aquelas que dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador constituinte".[71]

40. São de dois tipos: *a)* as *definidoras de princípio institutivo ou organizativo,* que, por brevidade, chamaremos de normas constitucionais de princípio institutivo; *b)* as *definidoras de princípio programático,* ou, simplesmente, normas constitucionais de princípio programático.

9.1. Normas constitucionais de princípio institutivo

41. Tais normas são de eficácia limitada e de aplicabilidade mediata ou indireta, porque dependentes de legislação. São de eficácia limitada porque é o legislador ordinário que lhes vai conferir executoriedade plena, mediante leis complementares ou ordinárias integrativas. Não são, todavia, destituídas de aplicabilidade, como querem aqueles que as chamam de normas de eficácia ou aplicabilidade diferida, como a pretender que nada significam enquanto o legislador não emitir regras jurídicas que as complementem.

Para distingui-las das normas ditas programáticas, preferimos designá-las como *normas de princípio institutivo,* porquanto contêm *esquemas gerais, um como que início de estruturação de instituições, órgãos ou entidades*, pelo que também poderiam chamar-se *normas de princípio orgânico ou organizativo.* Não é perfeita a denominação, reconhecemos, mas qualquer outra seria ainda mais deficiente.

42. A caracterização fundamental das normas constitucionais de princípio institutivo está no fato de indicarem uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação. Umas deixam larga margem ao poder discricionário do legislador, como a do *§* 2º do art. 18 da Constituição, segundo o qual *a criação de Território, sua transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão regulamentadas em lei complementar;* outras já indicam o conteúdo da lei, como a do *§* 2º do art. 90: "A *lei* regulará a *organização* e o *funcionamento* do Conselho da República" (igual disposição consta do *§* 2º do art. 91 para o Conselho de Defesa Nacional); ou a do art. 113. Outras deixam para o legislador ordinário (ou complementar) apenas aspectos secundários, como é o caso do art. 161.

43. São, pois, *normas constitucionais de princípio institutivo aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei.*

44. O Eminente Juiz Federal George Marmelstein Lima faz crítica genérica a esta classificação, observando que aí está o grande "pecado" de minha teoria. Que elas teriam apenas "eficácia negativa". O crítico não fez distinção entre as normas de princípio institutivo e as de princípio

programático.[72] Quanto às de princípio institutivo, sempre dissemos serem aplicáveis, independentemente da lei prevista, enquanto possam, o que se percebe pela configuração de elementos autônomos que contenham. Mas sua completa aplicabilidade depende da promulgação de lei integrativa.[73]

9.2. Normas constitucionais de princípio programático

9.2.1. Conceito

45. Sua problemática começa com as dificuldades em se lhes dar um conceito preciso. Para Pontes de Miranda: "regras jurídicas programáticas são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os Poderes Públicos. A legislação, a execução e a própria Justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função".[74] Este acréscimo final é de suma importância para compreender a posição do autor, que o conceito apresentado, em si, não revela; ao contrário, sente-se nele a influência da doutrina das *normas diretórias* dos americanos ou das *normas diretivas* dos italianos, cuja procedência já refutamos.

Crisafulli, que estudou as normas programáticas em sucessivos ensaios,[75] foi, paulatinamente, decantando-lhes o conceito, com base na Constituição italiana. Para ele, inicialmente, elas constituíam um verdadeiro programa de ação (e, antes de tudo, de legislação): "um programa tendo como objeto principal a disciplina das relações sociais, e, mais em geral, da ordenação da sociedade estatal, ou seja, do Estado em sentido amplo, segundo princípios democraticamente avançados e realistas, em coerência com a definição do art. 1º, pelo qual a República italiana é *fundada sobre o trabalho*".[76] Programáticas — define em outro lugar — são "aquelas normas constitucionais com as quais um programa de ação é assumido pelo Estado e assinalado aos seus órgãos, legislativos, de direção política e administrativos, precisamente como um programa que a eles incumbe a obrigação de realizar nos modos e nas formas das respectivas atividades".[77] Finalmente:

"Normas que, em vez de regular, desde o primeiro momento de modo

direto e imediato, determinadas situações e relações (a que se referem), regulam comportamentos públicos destinados, por sua vez, a incidir sobre ditas matérias, isto é, estabelecem aquilo que os governantes deverão ou poderão fazer (e, inversamente, pois, aquilo que não poderão fazer) relativamente aos assuntos determinados".[78]

Distingue ele as normas programáticas em dois grupos: *a)* normas programáticas *de simples escopo*, que prescrevem aos órgãos estatais certo fim mais ou menos específico a alcançar, cabendo aos próprios órgãos a liberdade de adotar os meios que julgarem mais idôneos nesse sentido; *b)* normas programáticas que, *ao prescreverem o fim a atingir indicam, outrossim, ao menos em linhas gerais, os meios aptos a isso*, limitando, pois, o âmbito da discricionariedade legislativa.[79] Vincula as normas programáticas à disciplina das relações econômico-sociais e ético-sociais.[80]

46. Aceitando as linhas fundamentais dessa doutrina, podemos conceber como *programáticas* aquelas *normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado*.[81]

47. São normas que contêm, além de princípios esquemáticos para atuação governamental futura, também princípios gerais informadores de toda a ordem jurídica. Donde deflui que elas, consubstanciando um compromisso entre forças políticas contrárias, estão na base mesma do regime político, compreendido este como um complexo estrutural de princípios e forças políticas que configuram a concepção do Estado e da sociedade, e que inspiram sua ordenação jurídica.[82] A caracterização das normas programáticas como princípios gerais informadores do regime político e de sua ordem jurídica dá-lhes importância fundamental, como orientação axiológica para a compreensão do sistema jurídico nacional. O significado disso consubstancia-se no reconhecimento de que têm elas uma *eficácia interpretativa* que ultrapassa, nesse ponto, a outras do sistema constitucional ou legal, porquanto apontam os fins sociais e as exigências do bem comum, que constituem vetores da aplicação da lei.

Eis onde se descobre a grande relevância das normas programáticas. Constituem elas, como regras reveladoras das tendências socioculturais da

comunidade, princípios básicos que, entre outros, informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordem jurídica positiva vigente. Ora, conjugada essa ideia com os fundamentos da interpretação indicados por Recaséns Siches[83] vê-se que elas se manifestam exatamente como aqueles *critérios hierárquicos de valor sobre os quais está fundada e pelos quais* se *inspira* a *ordem jurídica positiva, de que deve servir-se o juiz para resolver o caso submetido à sua jurisdição,* como todo intérprete e aplicador do direito objetivo.

48. Sempre tive o cuidado de observar que meus estudos sobre a aplicabilidade das normas constitucionais partiam da premissa básica de que *não há norma constitucional de valor meramente moral ou de conselho, não há norma constitucional alguma destituída de eficácia, todas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente a entrar em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada.*[84]

Mantive a terminologia de *normas programáticas* com muita cautela e por não encontrar um termo mais adequado. Hoje até se poderia substituí-la por *normas dirigentes*, desde que se desse a essa expressão conceituação adequada, porque também ela é vaga. Celso Antônio Bandeira de Mello sugere: "c) normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida".[85] Dalmo Dallari, criticando o emprego que fiz das normas programáticas, numa aula magna na TV Justiça, falou em *direitos de realização futura*, o que, convenhamos, no fundo, não muda muito. Deve ser a propósito das normas de princípio programática que George Marmelstein Lima disse que minha teoria as tem apenas como de "eficácia negativa". Na verdade, minha discussão sobre ela vai muito além disso. Não é o caso aqui de repisar o problema.[86]

49. Reconhecemos que a concepção das normas programáticas ficou muito comprometida com a doutrina, segundo a qual elas seriam definidoras de simples intenção, ou era de caráter puramente moral, de conselho, e, para alguns, nem eram normas jurídicas. Essa concepção foi radicamente compatida na minha monografia que procurou dar-lhe configuração precisa de regras de direito, assim como ressaltar sua relevância na ordem jurídica. Minha concepção, talvez, merecesse uma revisão no que tange àquelas normas que chamei de programáticas *vinculadas ao princípio da legalidade*, casos em que, para Luís Roberto

Barroso, não há normas programáticas, porque "a Constituição impõe ao legislador uma atuação. Não são normas que preveem um fim a ser alcançado, deixando aos órgãos estatais o juízo da conveniência, oportunidade e conteúdo das condutas a seguir".[87] Embora em princípio me pareça uma posição sustentável, não a adotei ainda, nem o farei aqui, porque a questão demanda estudos mais aprofundados que ainda não tive condições de fazer. Deixo, no entanto, aí a opinião do ilustre constitucionalista que traz uma contribuição importante ao tema.

9.2.2. Localização das normas programáticas

50. A relevância hodierna do estudo da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais manifesta-se mais acentuadamente na sua consideração em relação às chamadas normas programáticas. Três razões, pelo menos, destacam essa relevância. Uma é que ainda se ouve em relação à Constituição de 1988 que ela está repleta de normas de intenção, como se não fossem jurídicas e imperativas.[88] Outra é que tais normas traduzem os elementos socioideológicos da constituição, onde se acham os direitos sociais, tomada, aqui, a expressão *direitos sociais* num sentido abrangente também dos *econômicos e culturais.* Uma terceira razão, talvez de maior importância, é que indicam os fins e objetivos do Estado, o que importa definir o sentido geral da ordem jurídica.

51. Elas se localizam, como vimos, entre as de eficácia limitada. Na monografia, que estamos aqui sintetizando, sempre firmamos a tese da eficácia jurídica das normas programáticas; observamos que elas impõem certos limites à autonomia de determinados sujeitos, privados ou públicos, e ditam comportamentos públicos em razão dos interesses a serem regulados; e, assim, sustentamos, contra a doutrina corrente, seu *caráter imperativo* e seu caráter vinculativo.[89] Sobretudo, procuramos realçar seu importante papel na ordem jurídica e no regime político do País.

Essa doutrina, que aqui reafirmamos, foi certamente um passo avançado na compreensão das disposições constitucionais programáticas. Contudo, talvez ela ainda se ressentisse de certa dubiedade no que tange à aplicabilidade dessas disposições. Pois a afirmação, mesmo peremptória, do caráter jurídico e positivo dessas normas não basta para que surtam os efeitos que seu conteúdo geralmente requer. Restou, na nossa afirmativa de sua eficácia limitada e de sua aplicabilidade dependente de emissão de uma

normatividade futura, a ideia de que *não sejam autêntico direito atual, de imediata aplicabilidade*, concepção que as entende, na justa observação de Canotilho, "como *linhas programáticas* dirigidas ao legislador, e não como autênticas normas jurídicas imediatamente preceptivas e directamente aplicáveis pelos tribunais ou quaisquer outras autoridades".[90] Essa é a linha que as constituições e a doutrina (alemã especialmente, com reflexo em Portugal) vêm tentando superar. Vale a pena expender algumas reflexões que esclareçam outros aspectos dessa nova visão que se vai tendo dessas normas.

9.2.3. Normas programáticas e direitos sociais

52. Nos nossos estudos sobre as normas programáticas sempre as entendemos vinculadas à disciplina das relações econômico-sociais. É que há muito está superada a chamada "regulamentação da liberdade", que pretendia que cada direito individual fosse organizado, isto é, que as condições e os limites de sua aplicabilidade fossem determinados por uma lei orgânica. Pois as normas constitucionais que enunciam os direitos individuais são de aplicabilidade imediata e direta.[91] Sua eficácia não depende da intermediação do legislador, desde que, no "curso do século XIX [como denota Biscaretti di Ruffia], a enunciação desses direitos sofreu dupla transformação: passou para o texto das Constituições, imprimindo às suas fórmulas, até então abstratas, o caráter concreto de *normas jurídicas* positivas, válidas para os indivíduos dos respectivos Estados (dita *subjetivação*), e, não raro, integrou-se também de outras normas destinadas a atuar uma completa e pormenorizada regulamentação jurídico-constitucional de seus pontos mais delicados, de modo a não requerer ulteriormente, a tal propósito, a intervenção do legislador ordinário (ou seja, sua *positivação*)".[92]

Esse fenômeno de *subjetivação* e de *positivação* vem-se concretizando também em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, pois a ordem econômica e social adquire dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-las sistematicamente, como *elementos socioideológicos* que revelam o caráter de compromisso das constituições contemporâneas entre o Estado Liberal individualista, o Estado Social intervencionista e, mais recentemente, como é o nosso caso, o Estado Democrático de Direito.

53. O problema que se coloca agudamente na doutrina recente consiste em buscar mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, a fim de possibilitar sua concretização prática. Cogita-se de responder à seguinte questão, posta por Canotilho: "em que medida pode uma lei fundamental transformar-se em *programa normativo* do Estado e da sociedade. Mais concretamente: Como pode (se é que pode) uma constituição servir de fundamento normativo para o alargamento das *tarefas estaduais* e para a incorporação de *fins económico-sociais*, positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica?"[93]

9.2.4. Normas programáticas e fins da ordem econômica e social

54. As normas programáticas, ou que nome tenham, são de grande importância, porque procuram dizer *para onde* e *como* se vai, buscando atribuir *fins* ao Estado, esvaziado pelo liberalismo econômico. Essa característica teleológica lhes confere relevância e função de princípios gerais de toda a ordem jurídica, como bem assinala Natoli,[94] tendente a instaurar um regime de democracia substancial, ao determinarem a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da *justiça social.* Este é o fim que os arts. 170 e 193 da Constituição de 1988 prescrevem para as ordens econômica e social. Não é fácil realizar a *justiça social* num sistema em que predomina a concentração da riqueza. Um regime democrático de justiça social não aceita as profundas desigualdades, a pobreza e a miséria. Ora, o reconhecimento dos direitos sociais, como instrumentos de tutela dos menos favorecidos, não tem tido a eficácia necessária para reequilibrar a posição de inferioridade que lhes impede o efetivo exercício das liberdades garantidas. A Constituição de 1988 é mais incisiva no conceber a ordem econômica sujeita aos ditames da justiça social para o fim de assegurar a todos existência digna. Dá à justiça social um conteúdo preciso. Traz mecanismos na ordem social voltados à sua efetivação. Tudo depende da aplicação das normas constitucionais que contêm essas determinantes, esses princípios e esses mecanismos.

55. As disposições constitucionais (arts. 170 e 193), segundo as quais as ordens econômica e social objetivam realizar a justiça social, são uma

determinante essencial que impõe e obriga que todas as demais regras da constituição econômica e social sejam entendidas e operadas em função dela. E mais releva essa importância quando se lembra que parte da doutrina reconhece que *a justiça social* se erige em fator de legitimação constitucional.[95] A questão, atualmente, consiste mais em compreender a natureza desse valor-fim das ordens econômica e social, a fim de que seja tido em conta na aplicação das normas definidoras dos direitos sociais do homem.

9.2.5. Normas programáticas e princípios constitucionais

56. Não se confundem *disposições programáticas e princípios constitucionais.* As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem. Os *princípios* são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Canotilho e Vital Moreira] "núcleos de condensações nos quais confluem *valores* e *bens* constitucionais".[96]

57. O tema mereceu considerações esclarecedoras de Canotilho. Refere-se ele a dois tipos de princípios: *a)* os *princípios jurídicos fundamentais; b)* os *princípios políticos constitucionalmente conformadores.*[97] Recusa a ideia de que os *princípios jurídicos fundamentais* se reduzam a simples *princípios gerais de Direito* ou *regras jurídicas gerais* ou se inscrevam numa ordem jurídica suprapositiva (jusnaturalismo). Entende-os como direito positivo e fonte de Direito. Mas, quando fala em princípios jurídicos fundamentais como fonte de direito constitucional, refere-se "a *princípios fundamentais historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica geral e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional.* Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, conhecimento e aplicação do direito positivo".[98]

Por outro lado, os *princípios políticos constitucionalmente conformadores são os que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte,* nos quais se condensam as opções políticas fundamentais e se

reflete a ideologia inspiradora da constituição.[99] Entre elas, ele inclui as disposições caracterizadoras da organização econômica e social. Finaliza observando que, tal "como acontece em relação aos princípios jurídicos fundamentais, os *princípios políticos constitucionalmente conformadores* são normas gerais que a própria constituição ou o legislador desdobram em normas mais precisas e individualizadoras. No entanto, como eles exprimem as concepções políticas fundamentais do poder constituinte, todos os órgãos do poder devem considerá-los como *princípios rectores e operantes* quer no momento da criação do Direito, quer no momento de sua aplicação".[100]

58. É de extrema importância ter em mente essas considerações, a fim de distinguir as disposições programáticas e os princípios políticos constitucionalmente conformadores das ordens econômica e social. Esses princípios são programáticos, mas apenas no sentido de que definem as bases dos fins e tarefas estatais e enquanto põem os objetivos e determinações do programa a ser cumprido pelo Estado. Constituem Direito imediatamente vigente e são diretamente aplicáveis.[101] Assim, a determinação constitucional segundo a qual as ordens econômica e social têm por fim realizar a justiça social constitui uma *norma-fim*, que permeia todos os direitos econômicos e sociais, mas não só eles como, também, toda a ordenação constitucional, porque nela se traduz um princípio político constitucionalmente conformador, que se impõe ao aplicador da Constituição. Os demais princípios informadores da ordem econômica – propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego – são da mesma natureza. Apenas esses princípios preordenam-se e hão que harmonizar-se em vista do *princípio-fim* que é a realização da justiça social, a fim de assegurar a todos existência digna. Nesse sentido, hão de reputar-se plenamente eficazes e diretamente aplicáveis, embora nem a doutrina nem a jurisprudência tenham percebido o seu alcance, nem lhes têm dado aplicação adequada, como *princípios-condição* da justiça social.

59. Informadas por esses princípios, existem as normas definidoras de direitos econômicos e sociais específicos. Delas, umas mencionam uma legislação futura, outras não indicam. As primeiras dependem da atividade do legislador e estão vinculadas ao princípio da legalidade; as outras ora são

referidas aos Poderes Públicos ou aos agentes da ordem econômica e social em geral. Suas eficácia e aplicabilidade dependem muito de seu enunciado e de sua conexão com outras normas. Mais adiante examinaremos a repercussão que tem o § 1º do art. 5º da Constituição sobre a aplicabilidade dos direitos sociais considerados direitos fundamentais. Por ora, basta dizer que quase todas aquelas normas pressupõem ou até exigem a emanação de outros atos, sobretudo legislativos, consoante nota Canotilho, que também lembra que daí não se pode concluir pela não preceptividade de tais normas.[102] "A sua disciplina (acrescenta) é obrigatória e as directivas por elas definidas, longe de serem meros *convites* para legislar, assumem o caráter de verdadeiras *imposições constitucionais de actividade legiferante"*. Significa isso repelir a tese dos direitos econômicos, sociais e culturais como *simples direitos legais*, tese que assenta fundamentadamente na concepção de que tais diretivas "não alicerçam qualquer pretensão subjectiva, judicialmente accionável", pois só "quando o legislador concretiza essas diretivas, fundamentando poderes jurídicos subjectivos, é que se pode falar de direitos subjectivos"; logo "os direitos subjectivos só existem no âmbito da lei ordinária",[103] não no âmbito da própria norma constitucional programática.

60. A lição do citado autor é rica de consequências no aspecto considerado, quando, refutando a tese, sustenta que "a força dirigente dos direitos fundamentais justifica que se ultrapasse a degradação dos direitos sociais, econômicos e culturais (na parte em que se implicam direitos a prestações estaduais) em 'simples direitos legais', pois que *são direitos originários a prestações* fundados na constituição e não direitos a prestações derivados da lei"; "os direitos subjectivos a prestações [prossegue], mesmo quando não concretizados, existem para além da lei por virtude da constituição, podendo ser invocados embora não judicialmente, diz ele contra as omissões inconstitucionais do legislador. *À força imediatamente vinculante que hoje se atribui a uma parte dos direitos fundamentais (os direitos, liberdades e garantias e os direitos de natureza análoga) pode e deve ser interpretada, no que respeita aos direitos a prestações, no sentido de fundamentar originariamente esses direitos, mesmo que não haja imposição constitucional dirigida expressamente ao legislador"*.[104]

61. Por isso, o autor pôde dizer com tranquilidade que "a *força dirigente e*

determinante dos direitos a prestações (econômicos, sociais e culturais) inverte, desde logo, o objecto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjetivo: de uma *pretensão de omissão* dos Poderes Públicos (direito a exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias) transita-se para uma *proibição de omissão* (direito a exigir que o Estado intervenha activamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos)".[105]

Só temos que observar que, ao contrário do que afirma Canotilho, nossa Constituição fundamenta até mesmo a invocação judicial contra as omissões inconstitucionais do legislador, pelo texto do § lº do art. 5º e pelo mandado de injunção.

9.2.6. Normas programáticas no sistema constitucional brasileiro

62. Essas normas, como temos dito, revelam um *compromisso* entre as forças políticas liberais e tradicionais e as reivindicações populares de justiça social. Poder-se-ia dizer que as declarações dos direitos fundamentais do homem, do século XVIII, postularam a realização dos valores jurídicos da segurança, da ordem e da certeza, enquanto as declarações constitucionais dos direitos econômicos e sociais pretendem a realização do valor-fim do Direito: a *justiça social,* que é uma aspiração do nosso tempo, em luta aberta contra as injustiças do individualismo capitalista.

Nossas Constituições não ficaram alheias a esse movimento, desde 1934 sob a influência da Constituição de Weimar de 1919. As Constituições brasileiras de 1937, 1946, 1967 e 1969 seguiram, mais ou menos, a Constituição de 1934, nesse assunto. A atual deu um largo passo no sentido da democracia social. A Constituição vigente, contudo, revela-se, do ponto de vista dos fins sociais do Estado, mais progressista do que as anteriores.

63. Com essas observações, já é possível indicar as normas de princípio programático da Constituição de 1988, notando-se que, embora elas se concentrem nos Títulos VII e VIII, delas temos exemplos em outros lugares, muitas vezes aparecendo de emaranhado com regras de eficácia plena ou com aquelas de princípios institutivos. Merece ainda repetir o que já dissemos em outro passo: *há normas* pro*gramáticas que mencionam uma legislação futura para atuação positiva do programa previsto, enquanto outras não a indicam.*[106] Isso tem importância, porque vincula os

programas das primeiras ao princípio da legalidade, ficando dependentes da atividade do legislador e de sua discricionariedade — ao passo que as demais vinculam todo o Poder Público —, e abre campo à discricionariedade da legislação, da administração e da jurisdição (até onde possam), nem sempre carecendo de lei para seu cumprimento, e há as que postulam observância de toda a ordem socioeconômica, diante das quais qualquer sujeito, público ou privado, que age em sentido oposto ao princípio comporta-se inconstitucionalmente.

64. Visto isso, podemos indicar, exemplificativamente, as normas programáticas da Constituição, segundo os sujeitos mais diretamente vinculados, em três categorias:

I – *Normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade:* a) (art. 7º, XI); como a lei já existe, pode-se afirmar que a norma deixou de ser programática, concretizando-se; *b)* "proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, *nos termos da lei"* (art. 7º, XX); nesse caso, o objeto do programa a ser fixado pela lei é tão genérico e abstrato, que não se abre sequer legitimidade específica para uma possível impetração do mandado de injunção, já que fica difícil estabelecer o direito subjetivo direto de alguém; *c)* "proteção em face de automação, *na forma da lei"* (art. 7º, XXVII); a lei é que tem que procurar a forma de proteção; aqui, a norma já aponta um beneficiário mais direto: os trabalhadores, destinatários da proteção prometida; a programaticidade da norma é clara, enquanto a lei é que tem que criar programas específicos para proteger os trabalhadores em face da automação; *d)* "A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais" (art. 216, § 3º); *e*) A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho" (art. 218, § 4º); etc. Cumpre apenas observar, por fim, que, nesses casos, quando a lei é criada, a norma deixa de ser programática, porque a lei lhe deu concreção prática, como se deu com a norma do art. 7º, XI: "participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, *conforme definido em lei"*, e com a norma do art. 173, § 4º: "A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros"

(art. 173, § 4º); aqui, a lei até criou um mecanismo para sua aplicação da norma (o CADE). Mas não é a lei que cria as situações jurídicas subjetivas, pois estas encontram seu fundamento na própria norma constitucional que as estabelece.

II – *Normas programáticas referidas aos Poderes Públicos,* notando-se que umas vinculam só os Poderes da União, enquanto outras incluem também os órgãos estaduais e municipais: a) à "*União* — 1) à qual compete elaborar e executar planos nacionais e regionais de (...) desenvolvimento econômico e social" (art. 21, IX); convém esclarecer que, em parte pelo menos, essa matéria exige regulamentação legal (art. 48, IV); 2) "Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei" (art. 184); é de notar que os §§ lº a 5º são especificações do *caput,* e todos eles pretendem realizar, na economia, o princípio da justiça social, programada na cabeça do art. 170 e seus incisos; vale ainda consignar que os §§ 1º a 5º exigem tantas normas legais para sua aplicabilidade que acabam transformando a regra do *caput* do artigo em dependente de um verdadeiro emaranhado de legislação; e o programa aí previsto só vai saindo, a duras penas, por pressão de movimentos sociais, como o MST; mas aí é que está a relevância das normas programáticas, normas de sentido teleológico, porque apontam para fins futuros e servem de pauta de valores para movimentos que as queiram ver aplicadas e cumpridas; 3) "A União (...) exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios" (art. 211, § 1º, com a redação da Emenda Constitucional 14/96); *b)* aos *Poderes Públicos em geral* – 1) "O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais" (art. 215); 2) "O Estado protegerá as manifestações culturais populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional" (art. 215, § 1º); nesses dois exemplos temos uma peremptoriedade da norma, que a coloca *in feri* para a eficácia plena, a ponto de poder-se discutir se, apesar

de um certo sentido de programa a realizar, não se acham, aí, traduzidos, se não direitos subjetivos, ao menos interesses legítimos que implicam, no mínimo, obrigações administrativas de aparelhar-se para executar a norma; 3) "O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação (art. 216, § 1º); a mesma observação feita acima cabe aqui; talvez, aqui, até com maior razão, dada a enumeração de providências que devem ser tomadas para aplicar a norma; ocorre, ainda, que algumas dessas providências já constam de lei (Decreto-lei 25/37), o que confere eficácia e aplicabilidade à norma; 4) "É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um (...) (art. 217);[107] 5) "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218); mesma observação feita acima; 6) "O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho" (art. 218, § 3º); 7) "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (art. 226); assim também as disposições do § 8º desse mesmo artigo e do § 1º do art. 227. Percebe-se nessas hipóteses o quanto essas normas vão deixando a programaticidade para se transformarem em normas de eficácia plena.

III – *Normas programáticas dirigidas à ordem econômico-social em geral: a)* "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)" (art. 170); mais adiante desenvolveremos discussão sobre esse tema; *b)* "A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais" (art. 193). Não incluímos aqui nem o direito à saúde (art. 196), nem o direito à educação (art. 205), porque em ambos os casos a norma institui um dever correlato de um sujeito determinado: o Estado – que, por isso, tem a obrigação de satisfazer aquele direito. Se esta não é satisfeita, não se trata de programaticidade, mas de desrespeito ao direito, de descumprimento da norma. No tópico seguinte (9.2.7) faremos, ainda, uma rápida discussão sobre o tema, com alguma distinção para melhor compreensão da natureza dessas prestações positivas.

65. Convém notar que a separação que acabamos de fazer tem validade

puramente genérica, porque como normas jurídicas, as programáticas devem ser observadas, nos limites de sua eficácia, por todos, mesmo porque elas traduzem, em maior ou menor grau, limitações aos Poderes Públicos como também às autonomias privadas.

66. A exemplificação apresentada, embora um pouco extensa, permite-nos, agora, delinear as características básicas das normas de princípio programático:

1 – São normas que têm por objeto a disciplina dos interesses econômico-sociais, tais como: realização da justiça social e existência digna; valorização do trabalho; desenvolvimento econômico; repressão ao abuso do poder econômico; assistência social, intervenção do Estado na ordem econômica, amparo à família; combate à ignorância; estímulo à cultura, à ciência e à tecnologia.

II – São normas que não tiveram força suficiente para se desenvolver integralmente, sendo acolhidas, em princípio, como programa a ser realizado pelo Estado, por meio de leis ordinárias ou de outras providências.

III – São normas de eficácia reduzida, não sendo operantes relativamente aos interesses que lhes constituem objeto específico e essencial, mas produzem importantes efeitos jurídicos, como teremos oportunidade de mostrar.

9.2.7. Natureza dos direitos sociais

67. Certa corrente concebe os direitos sociais não como verdadeiros direitos, mas como garantias institucionais, negando-lhes a característica de direitos fundamentais. A doutrina mais consequente, contudo, vem refutando essa tese, e reconhece neles a natureza de direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais, políticos e do direito à nacionalidade. São direitos fundamentais do *homem-social*, e até "se estima que, mais que uma categoria de direitos fundamentais, constituem um meio positivo para dar um conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades".[108]

68. A Constituição seguiu essa doutrina, incluindo-os entre os direitos fundamentais no seu Título II. Não lhes tira essa natureza o fato de sua realização eventualmente depender de providências do Poder Público. Por isso, caracterizam-se como prestações positivas impostas as autoridades

públicas pela Constituição *(imposições constitucionais)*. É certo que, para tanto, a efetivação de muitos desses direitos depende do estabelecimento de instituições. É Canotilho que mais uma vez nos fornece a lição correta, mediante exemplo expressivo: "Quando se afirma que o direito à habitação é um direito do cidadão estamos a acentuar o caráter individual do direito; quando afirmamos que para assegurar o direito à habitação incumbe ao Estado programar e executar urna política de habitação inserida em plano de reordenamento geral do território e apoiada em planos de urbanização (...) estamos a salientar a dimensão institucional de um direito".[109] A partir dai, o autor chega, mesmo, a afirmar que esses direitos são regras jurídicas diretamente aplicáveis, vinculativas de todos os órgãos do Estado.[110]

69. Em outra obra Canotilho exprime-se ainda com maior precisão, fazendo distinções que conduzem a um entendimento mais adequado das normas constitucionais com dimensão programática. Eis o seu texto: "O reconhecimento, por exemplo, do direito à saúde é diferente da imposição constitucional que exige a criação do Serviço Nacional de Saúde, destinado a fornecer prestações existenciais imanentes àquele direito. Como as prestações têm, igualmente, uma dimensão subjectiva e uma dimensão objectiva, considera-se que, em geral, esta prestação é o objecto da pretensão dos particulares e do dever concretamente imposto ao legislador através das imposições constitucionais. Todavia, como a pretensão não pode ser judicialmente exigida, não se enquadrando, pois, no modelo clássico de direito subjectivo, a doutrina tende a salientar apenas o dever objectivo da prestação pelos entes públicos e a minimizar o seu conteúdo subjectivo. Ainda aqui a caracterização material de um direito fundamental não tolera esta inversão de planos: os direitos à educação, saúde e assistência não deixam de ser direitos subjectivos pelo facto de não serem criadas as condições materiais e institucionais necessárias à fruição desses direitos".[111]

9.2.8. Juridicidade

70. Não poucos autores negam juridicidade às normas constitucionais programáticas. Seriam normas sem conteúdo imperativo, por impraticabilidade.[112] Del Vecchio, referindo-se a certas normas programáticas da Constituição italiana, diz que impõem dever propriamente moral, antes que jurídico. Assim o princípio do seu art. 40 – "A República

reconhece a todos os cidadãos o direito ao trabalho e favorece as condições que tornam esse direito efetivo" – não é (para o jusfilósofo peninsular) senão o enunciado solene de um programa político que deveria ser traduzido em lei, mas não engendra, por si, qualquer exigência juridicamente válida.[113]

Essa tese, hoje combatida seriamente, é responsável pela caracterização como programática de toda norma constitucional incômoda.[114] Seria fácil, assim, descartar-se da incidência de uma regra, bastando tachá-la de programática e, com isso, nos termos de tal doutrina, o princípio seria posto de lado.

71. Sua juridicidade, contudo, deve ser afirmada só pelo fato de constarem de um texto constitucional,[115] sendo, pois, de repelir a pretensa injuridicidade de regras pertencentes a uma constituição, e especialmente a uma constituição rígida. Mesmo prescindindo (como ressalta Natoli) da secular disputa a respeito da imperatividade das normas jurídicas, "sempre se poderia observar que o preceito jurídico pode também articular-se (além de numa só) em uma série de disposições normativas, distintas e aparentemente autônomas, e apresentar-se, na sua íntima essência, somente à luz de sua coordenação sistemática; e que, em todo caso, não é necessário que tal preceito tenha um conteúdo concreto, isto é, regule uma situação bem definida e específica, podendo, ao invés, aparecer como critério geral, de que deve ser informada a regulamentação concreta de toda uma série, a *priori, indefinida*".[116]

Crisafulli, que dissecou sucessivamente a temática das normas programáticas, sustentou-lhes a juridicidade,[117] argumentando que enunciam verdadeiras normas jurídicas e, por isso, são tão *preceptivas* como as outras; regulam comportamentos públicos destinados, por sua vez, a incidir sobre as matérias que lhes são objeto, sendo, nesse limite, vinculantes, como consequência da eficácia formal prevalecente da fonte (a constituição), no que respeita às leis ordinárias, pelo que estas, se anteriores e contrárias, ficam invalidadas; se posteriores e conflitantes, são inconstitucionais.[118]

72. Ora, se elas impõem certos limites à autonomia de determinados sujeitos, privados ou públicos, se ditam comportamentos públicos em razão dos interesses a serem regulados, nisso claramente se encontra seu caráter imperativo – imperatividade que se afere nos limites de sua eficácia, mas

sempre imperatividade. Por outro lado, esses comportamentos e comandos, delas resultantes, criam uma situação não apenas de expectativa, mas de vantagem efetiva, em favor de todos aqueles sujeitos que se acham em condições de se beneficiar com a vantagem de sua aplicação e observância. Decorre disso um vínculo jurídico inequívoco, que constitui o enlace entre os sujeitos da relação nelas fundada, caracterizando a bilateralidade atributiva essencial a toda regra de direito.[119]

Entre nós, Pontes de Miranda e Alfredo Buzaid não vacilaram no reconhecer-lhes juridicidade e eficácia. O primeiro, em texto já citado, fala em regras jurídicas programáticas como algo que era político-partidário, programático, e entrou no sistema jurídico, cerceando-se, com isso, a atividade dos legisladores futuros, que no assunto programado não podem ter outro programa.[120] O segundo é incisivo quando afirma ser errôneo pretender distinguir, numa constituição, cláusulas mandatárias e diretórias, programáticas ou de orientação, atribuindo-lhes eficácia jurídica diversa.[121]

73. Em suma, cada vez mais a doutrina em geral afirma o caráter vinculativo das normas programáticas, o que vale dizer que perdem elas, também cada vez mais, sua característica de programas, a ponto, mesmo, de se procurar nova nomenclatura para defini-las, como, por exemplo, normas que expressam "apenas uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público, sem, entretanto, apontar os meios a serem adotados para atingi-la, isto é, sem indicar as condutas específicas que satisfariam o bem jurídico consagrado na regra".[122] Não nos parece melhorar muito a terminologia. São *normas de princípio teleológico* porque apontam, em mero esquema, para um fim a ser atingido. Qualquer que seja, porém, a expressão utilizada, o certo é que sua vinculatividade vem sendo mais e mais reconhecida. Significa que o fato de dependerem de providências institucionais para sua realização não quer dizer que não tenham eficácia. Ao contrário, sua imperatividade direta é reconhecida como imposição constitucional aos órgãos públicos, até porque as constituições cada vez mais lhes dão estrutura de normas de aplicação imediata.

9.2.9. Função e relevância

74. A assertiva de que as normas programáticas são tão jurídicas como outras não basta para realçar sua relevância e função.

Pontes de Miranda admite que elas procuram dizer para onde e como se

vai, buscando atribuir fins ao Estado.[123] Essa característica teleológica confere-lhes relevância e função de princípios gerais de toda a ordem jurídica, como bem assinala Natoli,[124] para quem "a Constituição, sob o plano histórico, aparece como a resultante de um acordo de respeito recíproco entre forças políticas diversas e, sob vários aspectos, contrastantes. E pode afirmar-se, com suficiente tranquilidade, que os momentos fundamentais de tal acordo são indicados precisamente nas normas programáticas, com as quais se determinam os fins e as linhas de desenvolvimento da nova ordem, caracterizando o tipo de regime, que lhe está na base e que ela consagra, ou seja, um regime misto, que se exprime através das constituições convencionais, nas quais estão presentes forças políticas contrapostas".[125]

75. Se o regime, que é a essência da ordem jurídica, "se qualifica como um regime de democracia, pelo menos tendencialmente substancial [afirma Natoli], enquanto persegue a eliminação do privilégio econômico e a instauração de condições, em que se consente a participação na formação da direção política geral também de todos aqueles que, de fato, eram excluídos no sistema tradicional; e que as normas programáticas se coordenam (enquanto tais, com função tipicamente instrumental) para esse fim fundamental; é, outrossim, verdade que os princípios expressos em tais normas projetam a sua relevância bem para além dos limites da matéria específica, para as quais as próprias normas são ditadas, e investem toda a ordenação jurídica. Isso mesmo significa, ainda, que a sua relevância não pode ser excluída ou suspensa pela falta da prevista legislação ulterior de atuação, mas que ela se explica, por ora, num sentido todo particular – que, de resto, se pode conceber como próprio de todos os princípios gerais, salvo o destaque de que, aqui, deriva de serem princípios de ordem constitucional – e que pode aparecer, como se verá, prevalentemente negativo".[126]

9.2.10. Normas programáticas e regime político

76. As normas programáticas, introduzidas na constituição como resultado do conflito de interesses, importam uma tentativa de superação da democracia formal e tendem, como visto, a instaurar um regime de democracia substancial, ao determinarem a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas à realização da justiça social e do bem comum.

77. São normas que contêm também princípios gerais informadores de toda a ordem jurídica, de onde deflui que elas, consubstanciando um compromisso entre forças políticas contrárias, estão na base mesma do regime político, compreendido este como um complexo estrutural de princípios e forças políticas que configuram a concepção do Estado e da sociedade, e que inspiram sua ordenação jurídica.[127]

9.2.11. Normas programáticas e interpretação do Direito

78. A caracterização das normas programáticas como princípios gerais informadores do regime político e de sua ordem jurídica dá-lhes importância fundamental, como orientação axiológica para a compreensão do sistema jurídico nacional. O significado disso consubstancia-se no reconhecimento de que têm elas uma *eficácia interpretativa* que ultrapassa, nesse ponto, a outras do sistema constitucional, porquanto apontam os fins sociais e as exigências do bem comum, que constituem vetores da aplicação da lei.

79. A interpretação jurídica resulta numa compreensão valorativa, num juízo de valor que não se extrai do nada, mas, ao contrário, decorre da intuição das tendências socioculturais da comunidade, e fundamenta-se nos "cânones axiológicos que pertencem à ordem jurídica vigente".[128] Recaséns Siches coloca magistralmente esses novos fundamentos da interpretação do Direito quando diz que, "na função judicial, se produzem valorações ou estimativas". "Isso [prossegue ele] não quer significar que tais valorações ou estimativas sejam a projeção do critério axiológico pessoal do juiz, de seu juízo valorativo individual. Pelo contrário, as mais das vezes, sucede, e assim deve ser, que o juiz emprega, como critérios valoradores, precisamente as pautas axiológicas consagradas na ordem jurídica positiva, e trata de interpretar esses cânones estabelecidos pela ordem vigente, pondo-os em relação com as situações concretas de fato que se lhe antolham. Inclusive naqueles casos que apresentam uma especial dificuldade e muita complicação, o que o juiz faz ordinariamente, e isto é o que deve fazer, consiste em investigar quais são os critérios hierárquicos de valor, sobre os quais está fundada e pelos quais está inspirada a ordem jurídica positiva, e servir-se deles para resolver o caso submetido à sua jurisdição".[129]

80. Eis onde se descobre a grande relevância das normas programáticas.

Constituem elas, como regras reveladoras das tendências socioculturais da comunidade, princípios básicos que, entre outros, informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordem jurídica positiva vigente.

81. Esses ditames estão, aliás, configurados expressamente na ordem jurídica brasileira, quando estatui, no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que, *na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.* Ora, as normas constitucionais de princípio programático têm por objeto precisamente configurar os fins sociais a que se dirigem o Estado e a sociedade, consoante exigências do bem comum; se assim é, toda lei ou norma (inclusive as constitucionais) integrante da ordem jurídica nacional há que conformar-se à pauta de valor indicada, ao menos tendencialmente, pelas normas programáticas da constituição.

9.2.12. Normas programáticas e constitucionalidade das leis

82. Do que expusemos nos parágrafos anteriores, fácil é extrair outro efeito notabilíssimo das normas constitucionais programáticas, como exprime Balladore Pallieri, que conclui: "Prescrevem à legislação ordinária uma via a seguir; não conseguem constranger, juridicamente, o legislador a seguir aquela via, mas o compelem, quando nada, a não seguir outra diversa. Seria inconstitucional a lei que dispusesse de modo contrário a quanto a constituição comanda. E, além disso, uma vez dada execução à norma constitucional, o legislador ordinário não pode voltar atrás".[130]

83. Assim, descortina-se a eficácia das normas programáticas em relação à legislação futura, desvendando, aí, sua função de condicionamento da atividade do legislador ordinário, mas também da administração e da jurisdição, cujos atos hão de respeitar os princípios nelas consagrados. Pontes de Miranda é preciso sobre o assunto, prelecionando que: "a legislação, a execução e a própria Justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função";[131] e, mais adiante, reafirma que elas cerceiam a atividade dos legisladores futuros, que, no assunto programado, não podem ter *outro programa*.[132]

É que as normas programáticas se resolvem, *prima facie,* num vínculo ao Poder Legislativo, quer lhe assinalem somente certo fim a atingir, quer estabeleçam, desde logo, restrições, limites, observância de certas diretrizes, critérios ou esquemas gerais, para alcançar o escopo proposto.[133]

“Em ambas as hipóteses [sustenta Crisafulli] não há dúvida de que a inobservância das normas constitucionais programáticas por parte do órgão legislativo será motivo de invalidade, total ou parcial, do ato de exercício de seu poder, ou seja, da lei deliberada de modo contrário ou diverso de quanto disposto na constituição. Analogicamente, deve dizer-se, de resto, também nos casos de normas facultativas, quando não tenham sido respeitados os limites e as condições estabelecidos pelas próprias normas”.[134]

84. Por exemplo, a Constituição Federal, no art. 7º, assegura aos trabalhadores os direitos ali enumerados, “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”. Esta última parte do dispositivo é de natureza programática, e, agora, podemos acrescentar que é daquelas que se limitam a indicar certo fim a atingir: *melhoria da condição social do trabalhador*. A respeito desses outros direitos que podem ser outorgados aos trabalhadores, o legislador ordinário tem ampla discricionariedade, mas, assim mesmo, está condicionado ao fim ali proposto — melhoria da condição social do trabalhador. Qualquer providência do Poder Público, específica ou geral, que contravenha a esse fim é inválida e pode ser declarada sua inconstitucionalidade pelo juiz, sendo de notar que este também goza de discricionariedade no determinar o conteúdo finalístico daquela regra programática, já que a Constituição não deu o sentido do que se deva entender por melhoria da condição social do trabalhador. O juiz a isso poderá chegar mediante interpretação da pauta de valor que lhe oferecem a ordem jurídica e, especialmente, os demais princípios programáticos e fundamentais inscritos na vigente Carta Magna.

85. Mas há normas constitucionais programáticas que já indicam certos critérios a serem seguidos pelo legislador. Assim, por exemplo, o art. 170 da Constituição diz que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, mas adiciona certos princípios que entende básicos para se alcançar o fim proposto, ou seja: “I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”.

Qualquer lei que atente contra algum desses princípios deve ser declarada

inconstitucional. Aqui, também, o julgamento de valor do juiz lhe deixa terreno amplo para o exercício de uma função interpretativa criadora, porque a Constituição não dá o conceito de valorização do trabalho humano, nem de existência digna, nem de ditames da justiça social, limitando-se a indicar certos princípios a serem observados, mas não bem definidos. Tais conceitos o juiz os encontrará nas ciências sociais e éticas e, ainda, nas valorações e convicções sociais vigentes, lembradas por Recaséns Siches.[135]

86. Por conseguinte, todas as normas que reconhecem direitos sociais, ainda quando sejam programáticas, vinculam os órgãos estatais, de tal sorte que "o Poder Legislativo não pode emanar leis contra estes direitos e, por outro lado, está vinculado à adoção das medidas necessárias à sua concretização; ao Poder Judiciário está vedado, seja através de elementos processuais, seja nas próprias decisões judiciais prejudicar a consistência de tais direitos; ao poder executivo impõe-se, tal como ao legislativo, actuar de forma a proteger e impulsionar a realização concreta dos mesmos direitos".[136]

9.2.13. Normas programáticas e leis anteriores incompatíveis

87. Grave debate travou-se na doutrina italiana a respeito das relações entre as normas constitucionais programáticas e as leis anteriores à constituição. O problema, lá, tomou-se agudo, visto que vigia, antes, uma ordem jurídica fascista, impregnada de normas despóticas, que, de pronto, se revelaram incompatíveis com a ordem instaurada pela Constituição de 1º de janeiro de 1948.

88. Alguns julgados da própria Corte Suprema do país, negando eficácia jurídica a certas normas tidas por ela como programáticas, firmaram a tese de que tais normas não invalidavam leis ordinárias preexistentes, ainda que incompatíveis. Essas leis somente perderiam a eficácia quando fossem revogadas pelas leis integrativas das disposições constitucionais.[137]

Vários autores contestaram essa doutrina. No dissídio, uma questão preliminar foi logo colocada: a de saber se, no caso, *haveria revogação ou seria também* uma *hipótese de inconstitucionalidade da lei precedente.*

89. A discussão da preliminar não é acadêmica, como, à primeira vista, pode parecer.[138] Tem consequências práticas interessantes. Na Itália a questão se resolvia ainda num problema de determinação da competência

jurisdicional para pronunciar a invalidade da lei preexistente incompatível. Se se decidisse pela *revogação*, o caso seria da competência da Magistratura comum; se se tratasse de inconstitucionalidade, competente seria a Corte Constitucional, nos termos do art. 136 da Constituição. Esse aspecto não tem importância no sistema brasileiro, onde qualquer juiz é competente tanto para reconhecer da revogação como para declarar a inconstitucionalidade da lei.

90. Postos esses princípios, bem se compreende a diferença de efeitos conforme sejam as leis anteriores consideradas inconstitucionais ou revogadas. Castro Nunes sustentou que, no caso, se dá inconstitucionalidade, pois a Constituição não revoga leis, senão quando expressamente o faça.[139] Seu argumento básico é o de que "a teoria da ab-rogação das leis supõe normas da mesma autoridade. Quando se diz que a lei posterior revoga, ainda que tacitamente, a anterior, supõem-se no cotejo leis do mesmo nível".[140] Com esse fundamento, a revogação expressa, por ele admitida, seria, então, uma excrescência constitucional.

Lúcio Bittencourt discordou daquela posição, sustentando uma tese intermediária, que nos parece correta, vazada nos seguintes termos:

"A revogação se verifica quando a lei, tachada de incompatível com a Constituição, já se achava em vigor por ocasião do advento desta. Não se trata, porém, de revogação pura e simples, como a que decorre em virtude de conflito intertemporal entre duas leis da mesma hierarquia. Não, uma lei incompatível com a Constituição é, sempre, na técnica jurídica pura, uma lei inconstitucional, pouco importando que tenha precedido o Estatuto Político ou lhe seja posterior. A revogação é consequência da inconstitucionalidade".[141]

A tese vale para todas as normas constitucionais, sejam de eficácia plena, de eficácia contida ou de eficácia limitada, inclusive as programáticas. Nesse ponto, as normas programáticas revelam-se com eficácia tão plena como qualquer outra. E a lei anterior com elas incompatível deve ser considerada revogada, por inconstitucionalidade.

9.2.14. Condições gerais de aplicabilidade

91. Chegados a este ponto, podemos indicar as condições gerais de aplicabilidade das normas constitucionais programáticas.

Como normas de eficácia limitada, sua aplicação plena, relativamente aos

interesses essenciais que exprimem os princípios genéricos e esquemáticos, depende de medidas ulteriores (lei, atos executivos, políticas públicas etc.), integrando-lhe a eficácia para a execução dos interesses consignados. Muitas, contudo, podem ser aplicadas independentemente de lei, mas por meio de outras providências, como o tombamento que visa ao amparo da cultura pelo Estado.

92. Sendo também dotadas, ao menos, de um mínimo de eficácia, regem, até onde possam (por si, ou em coordenação com outras normas constitucionais), situações, comportamentos e atividades na esfera de alcance do princípio ou esquema que contêm, especialmente condicionando a atividade dos órgãos do Poder Público e criando situações jurídicas de vantagens ou de vínculo.

93. Em conclusão, as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos casos seguintes:

I – estabelecem um dever para o Poder Público e para o legislador ordinário, em especial;

II – condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem;

III– informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;

IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;

V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário.

Queremos acrescentar, enfim, que as consubstanciadoras dos direitos trabalhistas e os direitos previdenciários, constantes da Constituição de 1988, não são programáticas, porque já receberam os instrumentos legais de sua aplicação concreta.

10. Instrumentos da eficácia constitucional

94. *Questão de ordem*. A Constituição de 1988 preocupou-se com sua eficácia e aplicabilidade; para tanto, preordenou alguns instrumentos, que serão sinteticamente examinados a seguir. Tais instrumentos visam à eficácia e aplicabilidade de todas as normas de direitos e garantias

fundamentais. Mas, como o problema se situa basicamente no campo das normas referentes aos direitos sociais, especialmente às programáticas, do assunto vamos tratar aqui.

95. *O art. 5º, § 1º, da Constituição*. O Título II da Constituição contém a *declaração dos direitos e garantias fundamentais*, incluindo aí os direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos. O art. 5º, § 1º, por seu lado, estatui que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Isso abrange, pelo visto, as normas que revelam os direitos sociais, nos termos dos arts. 6º a 11. Isso, contudo, não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata,[142] enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta.

Então, em face dessas normas, que valor tem o disposto no § 1º do art. 5º, que declara todas de aplicação imediata? Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado segundo as instituições existentes. E Poder Judiciário vem dando sinais bastante claros nesse sentido, como se nota dos seguintes julgados (e de outro indicado no n. 99, *infra*):

- "Fornecimento de medicamentos a paciente hipossuficiente. Obrigação do Estado. Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita. Obrigação do Estado em fornecê-los. Precedentes" (*AI 604.949-AgR*, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24-10-06, 2ª Turma, *DJ* de 24-11-06). No mesmo sentido: *AI 553.712-AgR*, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 19-5-09, 1ª Turma, *DJE* de 5-6-09; *AI 649.057-AgR*, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 26-6-07, *DJ* de 17-8-07.
- "O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria

Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (*arts. 5º, caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF" (*RE 271.286-AgR*, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-00, *DJ* de 24-11-00). No mesmo sentido: *RE 393.175-AgR*, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-12-06, *DJ* de 2-2-07.

- "Acórdão recorrido que permitiu a internação hospitalar na modalidade 'diferença de classe', em razão das condições pessoais

do doente, que necessitava de quarto privativo. Pagamento por ele da diferença de custo dos serviços. Resolução n. 283/91 do extinto INAMPS. O art. 196 da Constituição Federal estabelece como dever do Estado a prestação de assistência à saúde e garante o acesso universal e igualitário do cidadão aos serviços e ações para sua promoção, proteção e recuperação. O direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele. O acórdão recorrido, ao afastar a limitação da citada Resolução n. 283/91 do INAMPS, que veda a complementariedade a qualquer título, atentou para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, o de assistência à saúde" (*RE 226.835*, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 14-12-99, *DJ* de 10-3-00). No mesmo sentido: *RE 207.970*, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 22-8-00, *DJ* de 15-9-00.

- "Doente portadora do vírus HIV, carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita para seu tratamento. Obrigação imposta pelo acórdão ao Estado. Alegada ofensa aos *arts. 5º*, *I*, e 196 da Constituição Federal. Decisão que teve por fundamento central dispositivo de lei (art. 1º da Lei n. 9.908/93) por meio da qual o próprio Estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do art. 196 da Constituição Federal, vinculou-se a um programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes, não havendo, por isso, que se falar em ofensa aos dispositivos constitucionais apontados" (*RE 242.859*, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 29-6-99, *DJ* de 17-9-99).
- "Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios" (RE 195.192, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 22-2-00, *DJ* de 31-3-00).
- "A Constituição Federal assegura que a saúde é direito de todos e dever do Estado, facultada à iniciativa privada a participação de forma complementar no sistema único de saúde, por meio de contrato ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (CF, artigo 199, § 1º). Por outro lado, assentou balizas entre previdência e assistência social, quando dispôs no

artigo 201, *caput* e inciso I, que os planos previdenciários, mediante contribuição, atenderão à cobertura dos eventos ali arrolados, e no artigo 203, *caput*, fixou que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, tendo por fim a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; à habilitação e reabilitação das pessoas deficientes e à promoção de sua integração à vida comunitária; à garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, inferindo-se desse conjunto normativo que a assistência social está dirigida a toda coletividade, não se restringindo aos que não podem contribuir. Vê-se, pois, que a assistência à saúde não é ônus da sociedade isoladamente e sim dever do Estado. A iniciativa privada não pode ser compelida a assistir a saúde ou a complementar a previdência social sem a devida contraprestação. Por isso, se as entidades privadas se dispuseram a conferir aos seus filiados benefícios previdenciários complementares e os contratados assumiram a obrigação de pagar por isso, o exercício dessa faculdade não lhes assegura o direito à imunidade tributária constitucional, outorgada pelo legislador apenas às entidades que prestam assistência social, independentemente de contribuição à seguridade social (CF, artigo 203), como estímulo ao altruísmo dos seus instituidores" (RE 202.700, voto do Min. Maurício Corrêa, julgamento em 8-11-01, *DJ* de 1-3-02).

96. *Mandado de injunção*. Este é o instrumento que, correlacionado com o citado § 1º do art. 5º da Constituição, torna todas as normas constitucionais potencialmente aplicáveis diretamente. Assim é o enunciado de sua previsão constitucional: "Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania" (art. 5º, LXXI).

Sua função seria fazer valer, no interesse do impetrante, um direito ou prerrogativa previsto em norma constitucional cujo exercício em geral é inviabilizado pela falta de regulamentação. Mas a interpretação do Supremo

Tribunal Federal tolheu essa função que lhe dava razão de existir, para considerá-lo mero meio de obtenção de declaração da inconstitucionalidade por omissão, ainda que ultimamente essa linha jurisprudencial venha sendo transformada no sentido de considerar o mandado de injunção uma ação mandamental, como se vê dos julgados emitidos nos MI 670, 708, 712 e mais recentemente nos MI 721, 758, 788 e 795.

97. *Inconstitucionalidade por omissão.* A *inconstitucionalidade por omissão* verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou executivos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais que postulam lei ou providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na prática.

A Constituição de 1988 foi abeberar o instituto no art. 283 da Constituição portuguesa. Prevê autoridades, pessoas e entidades que podem propor a ação direta visando à declaração da omissão. Foi tímida, no entanto, nas consequências do seu reconhecimento. Apenas dispôs, no § 2º do art. 103, que, "declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias". A mera ciência ao Poder Legislativo – poder competente tratando-se de omissão de lei – pode ser ineficaz, já que ele não pode ser obrigado a legislar, embora um dever moral de legislar possa impulsioná-lo a atender ao julgado.

98. *Iniciativa popular.* O exercício da *iniciativa popular* também pode contribuir para a elaboração de leis ordinárias ou complementares integradoras da eficácia de normas constitucionais. Ela é prevista no art. 61, 2º, nos termos seguintes: "A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei 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 omissão do Poder Legislativo não pode ser totalmente suprida pela participação popular, mas a falta de iniciativa das leis o pode, e por certo que a iniciativa, subscrita por milhares de eleitores, traz um peso específico, que estimulará a atividade dos legisladores.

99. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF*. Este é um instrumento de que ainda não se extraiu toda a sua potencialidade, especialmente no referente à implementação de políticas públicas para o fim de se concretizarem, na prática, direitos sociais. Há, porém, bons

encaminhamentos nesse sentido, como se viu dos julgados indicados *supra* (n. 95), e também da ADPF 45/DF, de que foi Relator o Min. Celso de Mello, sobretudo afastando a cláusula da "reserva do possível", que impediria o Poder Judiciário de impor ao Estado o cumprimento de prestações positivas que exijam o manejo de recursos públicos, em favor da regra do "mínimo existencial", segundo o qual podem ser direta e imediatamente sempre garantidos os direitos sociais, econômicos e culturais mais relevantes por integrarem o núcleo da dignidade da pessoa humana,[143] como se vê de sua ementa:

"EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)".

A decisão monocrática julgou prejudicada a ADPF, mas deu indicações muito importantes no sentido da eficácia das normas programáticas, especialmente se apoiou em passagens de obra do Prof. Adreas Joachim Krell (*Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 22-23, 2002, Fabris) que abre espaço para a eficácia dos direitos fundamentais sociais, de que destacamos o seguinte trecho mais expressivo nesse sentido: *"A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação*

desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...).

Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social.

A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais" (grifo nosso).[144]

100. Para concluir, diremos que estamos de acordo com essa doutrina que confere ao Judiciário garantir o *mínimo existencial*, em face da omissão de políticas públicas que o satisfaça. A dignidade da pessoa humana é um valor acima de qualquer outro e, por isso, exige a aplicação das normas programáticas que consubstanciem os direitos sociais, inclusive por decisão judicial, se os outros ramos do Poder não o fizerem. O argumento de que a imposição judicial, em tais casos, prejudica o atendimento geral à espera da execução das políticas públicas estabelecidas pelo Legislativo e Executivo, se é ponderável, menos ponderável não será o do atendimento da regra "a cada um segundo as suas necessidades", que envolve um princípio de justiça. Ora, o recurso ao Judiciário, aí, por regra, se dá em casos de extrema necessidade. A Constituição seria desrespeitada, nos seus valores fundamentais, se tal necessidade não fosse socorrida pelo Judiciário, diante da omissão dos outros poderes.

Referências

AFTALIÓN, Henrique R.; OLANO, Fernando García e VILANOVA, José. *Introducción al derecho*. 7. ed. Buenos Aires: La Ley, 1964.

AZZARITTI, Gaetano. *Problemi attuali di diritto costituzionale*. Milano:

Giuffrè, 1955.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*. Tese n. 8, apresentada à IX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Florianópolis(SC): 2 a 6 de maio de 1982, separata, p. 14 e ss.

_____. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBOSA, Ruy. *Comentários* à *Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1933. v. 2.

BARILE, Paolo. Il *soggetto privato nella Costituzione italiana*. Pádua: CEDAM, 1953.

_____. *Le libertà nella costituzione: lezione*. Pádua: CEDAM, 1966.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro e BRITO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963.

BERNIERI, Giovanni. *Rapporti della costituzione con le leggi anteriori.* Archivio Penale, primeira parte, p. 409, novembro-dezembro, 1950.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Diritto costituzionale*. 7. ed. Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965.

BITTAR, Carlos Alberto. A Constituição de 1988 e sua interpretação. In: *RT* 635/33, setembro/88.

BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BOBBIO, Norberto. *Teoria generale del diritto*. Torino: G. Giappichelli, 1993.

BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro-São Paulo: Liv. Freitas Bastos, 1956. v. 1.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1977.

_____.*Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1956.

_____. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CARBONE, Carmelo. *L'interpretazione delle norme costituzionali*. Pádua: CEDAM, 1951.

CASTRO NUNES. *Teoria e prática do Poder Judiciário.* Rio de Janeiro: Forense, 1943.

COOLEY, Thomas M. *Treatise on the constitutional limitations.* 6. ed. Boston, 1890.

COSSIO, Carlos. *Teoría de la verdad jurídica*. Buenos Aires: Editora Losada, 1954.

CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio.* Milano: Giuffrè, 1952.

DE SIMONE, Saverio. *Lineamenti di uma teoria su matéria e norma costituzionale nel ordenamento giuridico italiano.* Milano: Giuffrè, 1953.

DEL VECCHIO, Georgio. *Philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 1953.

DINIZ, Maria Helena. *Normas constitucionais e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

DUVERGER, Maurice. *Os regimes políticos.* São Paulo, 1962.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema financeiro nacional; limitação de juros. Comentários ao art. 192. In: *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.

FRANCHINI, Flaminio. *Efficacia delle norme costituzionali*. Archivio Penale, primeira parte, p. 201, maio-junho, 1950.

GALIZIA, Mario. *Scienza giuridica e diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1954.

GUELLI, Vincenzo. *O regime político*. Coimbra: Arménio Amado-Editor Sucessor, 1951.

KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*. 2. ed. México (DF): Imprenta Universitaria, 1958.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução do Dr. João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra: Améno Amado Editor-Sucessor, 1962. v. 2.

LEAL, Vítor Nunes. Classificação das normas jurídicas. In: *Problemas de direito público.* Rio de Janeiro: Forense, 1960.

LEVI, Alessandro. *Teoria generale del diritto.* 2. ed. Padova: CEDAM-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1953.

LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Liv. Freitas Bastos, 1958.

MEIRELLES TEIXEIRA, J. H. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

MIRANDA, Jorge: *Manual de direito constitucional*. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

NATOLI, Ugo. *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro,* I – Introduzione. Milano: Giuffrè, 1955.

OLIVECRONA, Kart. *El derecho como hecho.* Buenos Aires: Depalma, 1959.

OLIVEIRA FILHO, Benjamim de. *Introdução à ciência do direito.* 4. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967.

PALLIERI, Balladore. *Diritto costitucionale*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1955.

PANNAIN, Remo. *Rapporti tra l'art. 2I della Costituzione e l'art. 113 della legge di P.S.* Archivio Penale, primeira parte, p. 220, maio-junho, 1950.

PARGA, Manuel Jiménez de. *Los regímenes políticos contemporáneos.* Madri: Tecnos, 1960.

PINTO FERREIRA, Luiz. Eficácia. Verbete em *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 30.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à *Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, t. 1. São Paulo: RT, 1967.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Nueva filosofia dela interpretación del derecho.* México-Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1956.

RUINI, Meuccio. *Il Parlamento e la sua riforma:* La costituzione nella sua applicazione. Milano: Giuffrè, 1952.

SERVICIO ESPAÑOL DEL PROFESORADO DE ENSEGNANZA SUPERIOR. *La estructura del Estado, curso de formación política.* Barcelona: Bosch, 1958 (obra redigida por vários professores da Universidade de Barcelona).

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed.

São Paulo: Malheiros, 2008.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.* São Paulo: Malheiros, 2004.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *A criação do direito.* São Paulo, 1953. v. 1.

VILLARI, Salvatore. *Sulla natura giuridica della costituzione.* Archivio Penale, segunda parte, p. 217, maio-junho, 1948.

1 Professor Titular aposentado da FADUSP.

2 Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 80 e 81.

3 Assim o disse Wilson Steinmetz no seu apreciado livro *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 42.

4 "Eficácia social" significa a real efetivação da norma; significa que ela está efetivamente regendo a realidade social nela descrita. O termo "efetividade" exprime tecnicamente essa qualidade da norma jurídica. Quanto à efetividade das normas constitucionais, cf. a excelente monografia de Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas, limites e possibilidades da Constituição brasileira,* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 79. "Efetividade [diz ele] significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social".

5 Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. 2a tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 13.

6 Concurso para provimento do cargo de Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, realizado em setembro de 1969.

7 Cf. AFTALIÓN, Henrique R.; OLANO, Fernando García.; e VILANOVA, José. *Introducción al derecho*. 7. ed. Buenos Aires: La Ley, 1964. p. 189. Karl Olivecrona adota esse sentido da palavra, quando afirma que "la actitud hacia la Constitución no puede mantenerse a menos que esa Constitución sea efectivamente aplicada y que el poder se ejerza conforme a sus normas" (*El derecho como hecho.* Buenos Aires: Depalma, 1959. p. 41). É só nesse sentido social que Norberto Bobbio concebe a eficácia das normas jurídicas, ou seja, "Il problema dell'*eficacia* di un norma è il problema se quella norma sia o no seguita dalle persone a cui è diretta (i cosiddetti destinatari della norma giuridica) e, nel caso in cui sia violata, sia fatta valere con mezzi coercitivi dall'autorità che l'ha posta" (cf. *Torino*, G. Giappichelli. *Teoria generale del diritto*, 1993. p. 25).

8 AFTALIÓN, OLANO e VILANOVA. *Introducción*, cit., p. 190.

9 Cf. *Teoria pura do direito*, v. 1, 2. ed. p. 19.

10 Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. p. 78 e ss.

11 Cf. MEIRELLES TEIXEIRA, J. H. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 289.

12 MEIRELLES TEIXEIRA. *Curso*, cit., p. 60.
13 Cf. STEINMETZ, Wilson. *A vinculação*, cit., p. 45.
14 O leitor interessado poderá conferir minha resposta constante do segundo apêndice da 7. ed. da *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo: Malheiros, 2008.
15 Cf. Apêndice referido *supra* (*Aplicabilidade das normas constitucionais*, ob. cit., p. 303 e 304).
16 Não vamos fazer ainda nesta oportunidade uma distinção importante que toma a *regra* como gênero e *normas* como simples espécies daquelas. Nesse sentido, a palavra *regra* seria uma proposição linguística destinada a dirigir, direta ou indiretamente, a ação humana. Nessa perspectiva, as regras são de três tipos: *regras ônticas,* que dizem respeito à existência de um campo prático de atuação, assim, as que definem a existência do Estado, sua forma, seu poder; *regras técnicas ou de procedimento,* que são as que assinalam meios necessários para conseguir os fins propostos, como as regras de competência e atribuições; *regras deônticas ou normas,* que são as que estabelecem pautas de comportamento, um preceito de dever ser, e só estas seriam normas porque só elas exprimem *dever ser* (cf. *Robles,* Gregorio. *Las reglas del derecho e las reglas de los juegos.* p. 17 e 93 e ss).
17 RUINI, Meuccio. *Il Parlamento e la sua riforma; La costituzione nella sua applicazione.* Milano: Giuffrè, 1952. p. 4
18 Cf. RUINI, Meuccio, ob cit., p. 120: “Una costituzione non può come Minerva uscire dal capo di Giove, completa, tutta d’un pezzo *e* tutta armala”.
19 No mesmo sentido, Saverio de Simone, *Lineamenti di uma teoria su matéria e norma costituzionale nel ordenamento giuridico italiano* (Milano: Giuffrè, 1953. p. 40); *Pallieri*, Balladore, *Diritto costitucionale* (4. ed., Milano: Giuffrè, 1955. p. 322), implicitamente; *Crisafulli,* Vezio, *La Costituzione e lê sue disposizioni di principio* (Milano: Giuffrè, 1952), toda dedicada a demonstrar o valor das normas programáticas e outras dependentes de legislação; *Natoli,* Ugo, *Limiti costituzionali dell’autonomia privata nel rapporto di lavoro, I – introduzione*. (Milano: Giuffrè, 1955, especialmente. p. 17 e ss.).
20 Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 287.
21 AFTALIÓN, OLANO e VILANOVA. *Introducción al derecho.* p. 105; REALE, Miguel, ob. cit., p. 401, mas reconhece a evolução de Kelsen para o imperativismo (p. 413); TELLES JÚNIOR, Goffredo. *A criação do direito*, v. I, São Paulo, 1953. p. 213.
22 Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* v. 1, p. 138.
23 Idem, p. 138.
24 Idem, p. 138: *Teoría general del derecho y del Estado.* 2. ed., México, DF: Imprenta Universitaria, 1958. p. 53: “La regla de derecho, usado el término en sentido descritivo, es un juicio hipotético que enlaza ciertas consecuencias a determinadas condiciones”. Regras de direito e proposições jurídicas são expressões sinônimas, na doutrina de Kelsen.
25 *Teoria pura do direito.* v. 1, p. 157. Em nota, esclarece Kelsen seu pensamento, que diz ter sido mal traduzido na primeira edição de seu famoso livro. Sobre isso, cf. REALE, Miguel, ob. cit., p. 287
26 Cf. COSSIO, Carlos. *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires: Losada, 1954. p. 1: “La norma completa resulta, por lo tanto, un juicio lógicamente disyuntivo”.
27 Ob. cit., p. 144 e ss.
28 Cf. AZZARITTI, Gaetano. *Problemi attuali di diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1955. p. 98.
29 *Cooley,* Thomas M. *Treatise on the constitutional limitations.* 6. ed., Boston, 1890. p. 93: “But the courts read upon very dangerous ground when they venture to apply the rules which distinguish directory and mandatory statutes to the provisions of a constitution”.

Usamos a tradução de Lúcio Bittencourt em *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 57 e 58.

30 Cf. *Direito constitucional*. v. 1. Rio de Janeiro-São Paulo: Liv. Freitas Bastos, 1956. p. 395.

31 Cf. VECCHIO, Del. *Philosophie du droit.* Paris: Dalloz, 1953. p. 289.

32 Cf. LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito.* 9. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Liv. Freitas Bastos, 1958. p. 121 e 123; OLIVEIRA FILHO, Benjamim de. *Introdução à ciência do direito,* 4. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. p. 149; LEAL, Vítor Nunes. "Classificação das normas jurídicas". In: *Problemas de direito público*, Rio de Janeiro: Forense, 1960; VECCHIO, Del, ob. cit., p. 289

33 LIMA, Hermes. ob. cit., p. 122.

34 OLIVEIRA FILHO, Benjamim de. ob. cit., p. 249.

35 Cf. VECCHIO, Del. Giorgio. *Philosophie*, cit., p. 290; OLIVEIRA FILHO, Benjamim de. *Introdução*, cit., p. 252; LIMA, Hermes. *Introdução*, cit., p. 122.

36 Cf. VECCHIO, Del. Giorgio. *Philosophie*, cit., p. 290-291; OLIVEIRA FILHO, Benjamim de. *Introdução*, cit., p. 250.

37 Cf. COOLEY, Thomas M. Treatise, cit., p. 98 a 101.

38 Cf. BARBOSA, Ruy. *Comentários* à *Constituição Federal brasileira*. v. 2, São Paulo: Saraiva, 1933. p. 475 e ss., onde expõe, com aquela invulgar e invejável erudição, a doutrina e a jurisprudência americanas sobre o assunto.

39 Ob. cit., p. 477 e 478.

40 Ob cit., p. 489. Cf. a propósito MEIRELLES TEIXEIRA, J. H. *Curso de direito constitucional.* p. 299 e ss.

41 Cf. *DE SIMONE*, Saverio. *Lineamenti...*, p. 41. Cf. também MEIRELLES TEIXEIRA, J. H., *Curso*, cit., p. 315.

42 Cf. CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio.* p. 106.

43 Cf. MEIRELLES TEIXEIRA, J. H., *Curso*, cit., p. 315.

44 Ob. cit., p. 315 e 316.

45 Sobre o assunto, a doutrina italiana já produziu vários trabalhos, destacando-se: Crisafulli, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio* (Milano: Giuffrè, 1952), no qual se reuniram vários estudos, especialmente dedicados às normas constitucionais de eficácia limitada, com particular atenção às de natureza programática; Azzariti, Gaetano. *Problemi attualli di diritto costituzionale* (Milano: Giuffrè, 1951), especialmente a segunda parte; Ruini, Meuccio. *Il Parlamento e la sua riforma. La costituzione nella sua applicazione* (Milano: Giuffrè, 1952), especialmente p. 118 e ss.; Natoli, Ugo. *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro, I — Introduzione* (Milano: Giuffrè, 1955); DE Simone, Saverio. *Lineamenti per una teoria su materia e norma costituzionale nell'ordinamento giuridico italiano* (Milano: Giuffrè, 1953); Villari, Salvatore. *Sulla natura giuridica della costituzione, Archivio Penale*, segunda parte, p. 217, maio-junho, 1948; Franchini, Flaminio. *Efficacia delle norme costituzionali, Archivio Penale*, primeira parte, p. 201, maio-junho, 1950; Pannain, Remo. *Rapporti tra l'art*. 2I *della costituzione e l'art*. 113 *della legge di P.S*., *Archivio Penale*, primeira parte, p. 220, maio-junho, 1950; Bernieri, Giovanni. *Rapporti della costituzione con le leggi anteriori, Archivio Penale*, primeira parte, p. 409, novembro-dezembro, 1950. Além desses trabalhos que versam direta e especificamente o tema, monografias sobre outras matérias e mesmo obras gerais de direito constitucional cuidam dele de passagem, como: Barile, Paolo. *Il soggetto privato nella costituzione italiana* (Pádua: CEDAM, 1953), e *Le libertà nella costituzione: lezione* (Pádua: CEDAM, 1966); Galizia, Mario. *Scienza giuridica e diritto costituzionale* (Milano: Giuf-frè, 1954); Carbone, Carmelo. *L'interpretazione delle norme costituzionali* (Pádua: CEDAM, 1951); Pallieri, Giorgio Balladore. *Diritto costituzionali* (4.

ed., Milano: Giuffrè, 1955, especialmente parte 3a); di Ruffia, Paolo Biscaretti. *Diritto costituzionale* (7. ed., Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965, especialmente p. 98 e ss. e p. 227 e ss).

46 Cf. FRANCHINI, Flaminio. Efficacia delle norme costituzionale*, Archivio Penale*, primeira parte, maio-junho, 1950. p. 203; NATOLI, Ugo, *Limiti*, cit., p. 23; PALLIERI, Balladore, *Diritto*, cit., p. 321-327. De resto, Francisco Campos, em substancioso parecer, hoje incorporado ao v. I de seu *Direito constitucional,* sob o título de "Elaboração legislativa"*,* proferido em 1919, já sustentava a juridicidade de todas as normas constitucionais, ao repelir a distinção entre normas mandatórias e diretórias, como já vimos no texto.

47 Para as várias posições, *Pannain*, Remo. Rapporti, cit., *Archivio Penale*, primeira parte, p. 220 e ss., maio-junho, 1950.

48 Cf. AZZARITI, Gaetano, *Problemi*, cit., p. 103; PANNAIN. Rapporti, cit. na nota anterior; DI RUFFIA, Biscaretti. *Diritto*, cit., p. 230.

49 Cf. AZZARITI, Gaetano, *Problemi*, cit., p. 103, cuja lição constituiu apoio ao texto acima, traduzida quase *ipsis litteris.*

50 Houve, certamente, extravagâncias relativas à inserção de certas disposições em documentos constitucionais formais, como a do art. 1º da Lei francesa 18 floreal, ano 11, que dispunha: *"le peuple français reconnait l'existence de l'Être suprême et l'immortalité de l'ame";* tal regra não poderia ter mais eficácia que de mera crença não impositiva ao povo. Mesmo assim, há que reconhecer nela efeitos jurídicos: vedação ao ateísmo e materialismo manifesto; vedação à liberdade de crença.

51 É o que se deduz da lição de Crisafulli, *La costituzione e le sue disposizioni di principio* (Milano: Giuffrè, 1952). Lição essa adotada, entre nós, por J. H. Meirelles Teixeira, *Curso*, cit., p. 317.

52 Cf., a propósito, J. H. Meirelles Teixeira, *Curso*, cit., p. 317 e ss.

53 Celso Antônio Bandeira de Mello ofereceu uma classificação das normas constitucionais do ponto de vista da *posição jurídica em que os administrados se veem imediatamente investidos em decorrência das regras constitucionais*, que traz certamente uma boa contribuição ao tema, sem que se pretenda substituir a nossa, como ele próprio diz. Distingue, assim, as normas constitucionais em três categorias: (*a) normas concessivas de poderes jurídicos; (b) normas concessivas de direitos; e (c) normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida* (cf. *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*, tese n. 8, apresentada à IX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Florianópolis – SC, 2 a 6 de maio de 1982, separata. p.14 e ss.). Não é o caso aqui de fazer apreciação sobre essa classificação, mas se pode dizer que a terminologia de *"normas definidoras de uma finalidade a ser atingida"*, que corresponde às tradicionalmente chamadas *programáticas*, merece atenção por afastar uma terminologia hoje muito comprometida com ideologias desqualificadoras do caráter jurídico dessas normas. A classificação de Luís Roberto Barroso como: (*a) normas constitucionais de organização; (b) normas constitucionais definidoras de direito; e (c) normas constitucionais programáticas* (ob. cit., p. 88), está em outro plano, o da estrutura normativa das constituições. Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito, na sua ânsia de inovação, acabaram produzindo uma classificação confusa, que lamentavelmente não melhorou em nada a nossa. Distinguem as normas constitucionais em dois grupos: (a) *normas constitucionais quanto ao modo de incidência*: e (b) *normas constitucionais quanto à produção de efeitos*. As primeiras, à sua vez, são (a) *por via de aplicação*, distinguindo-se em *normas regulamentáveis* e *normas irregulamentáveis*; e (b) *por via de integração*, distinguindo-se em *normas complementáveis* e *normas restringíveis*. As segundas são de dois tipos também: (a) *normas de eficácia parcial*, que são normas complementáveis; e (b) *normas de eficácia plena*, distinguindo-se em *normas*

regulamentáveis, *normas irregulamentáveis* e *normas restringíveis* (cf. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo: Saraiva, 1982. p. 63). Separar a aplicabilidade (normas de incidência) da eficácia (normas de produção de efeitos) não beneficia em nada a clareza da matéria. Antes confunde e cria redundâncias desnecessárias. Pinto Ferreira sugere a seguinte classificação: (a) normas constitucionais de *eficácia absoluta*, não emendáveis; (b) normas constitucionais de *eficácia plena,* constitucionalmente emendáveis; (c) normas constitucionais de *eficácia contida*; (d) normas constitucionais de *eficácia limitada* (como as programáticas) [Cf. "Eficácia (Direito constitucional)", Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 30]. Maria Helena Diniz propõe a seguinte classificação: (a) normas com *eficácia absoluta*; (b) normas com *eficácia plena*; (c) normas com *eficácia relativa restringível*; (d) normas com *eficácia relativa complementável ou dependente de complementação* (*Normas constitucionais e seus efeitos*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1992. p. 97). Não nos parece cabível a classe de normas de *eficácia absoluta* de Pinto Ferreira e Maria Helena Diniz, uma vez que se baseia em critério de modificabilidade constitucional e não no critério da aplicabilidade. Deste ponto de vista nada mais são do que normas de eficácia plena. Jorge Miranda faz uma classificação das normas constitucionais, muito útil, sob diversos critérios (Cf. *Manual de direito constitucional*, tomo II. p. 212 a 223), mas do ponto de vista da eficácia e aplicabilidade, sua classificação se reduz a não mais do que (a) *normas constitucionais preceptivas e normas constitucionais programáticas*; (b) *normas constitucionais exequíveis e não exequíveis*; (c) *normas constitucionais a se e normas sobre normas constitucionais* (p. 216).

54 Cf. *Silva*, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo: RT, 1968. p. 84.

55 Cf. Franchini, Flaminio. Efficacia, cit., *Archivio Penale*, p. 201 e ss., maio-junho, 1948; Pannain, Remo. *Rapporti tra l'art. 21 della costituzione e l'art. 113 della legge di P.S.*, *Archivio Penale*, p. 220 e ss., no qual apresenta debates sobre a matéria, de que participaram vários juristas contra a tese jurisprudencial: Crisafulli, Vezio, *La costituzione*, cit., especialmente os dois estudos sobre *Principi costituzionali e libertà di manifestazione di pensiero,* p. 87 a 106.

56 Assim, *Azzariti*, Gaetano, *Problemi*, cit., especialmente Parte Segunda, Secção Primeira, p. 97 e ss.; *Bernieri*, Giovanni, Rapporti, cit., *Archivio Penale*, nov.-dez., 1950, p. 415 e ss.

57 VILLARI, Salvatore, Sulla, cit., *Archivio Penale*, p. 221, segunda parte, maio-junho, 1948.

58 Como já dissemos de passagem, essas regras são *ônticas.* Não entraremos em pormenores aqui sobre a questão das regras constitucionais ônticas, procedimentais e deônticas, classificação que tem interesse teórico e prático relevante. Não o faremos, porque isso implicaria mudar todo o enfoque da monografia. Queremos, no entanto, fazer aqui rápida observação sobre a aplicabilidade das regras ônticas, como é esta em exame. É que essas regras, a rigor, escapam à problemática do cumprimento, por não serem regras diretas de ação, não são regras que se dirigem ao comportamento humano diretamente. Por isso não podem ser cumpridas ou descumpridas, porque só tem sentido falar em cumprimento ou descumprimento daquelas regras que se referem diretamentre à ação do sujeito. Como diz Luis Roberto Barroso, elas não contêm a previsão de um fato, cuja ocorrência deflagra efeitos jurídicos, não apresentam juízo hipotético, pois possuem um efeito constitutivo imediato de situações que enunciam. Assim, por exemplo, não há como cumprir ou descumprir a regra constitucional que estabelece que *a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos da Constituição*

(art. 18), ou a que diz que *o Congresso Nacional se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal* (art. 44). Mais adiante ainda voltaremos a elas.

59 Cf. MEIRELLES TEIXEIRA, J. H., *Curso*, cit., p. 317.

60 Sobre esse assunto, em geral, cf. *Barile*, Paolo. Il *soggetto privato nella Costituzione italiana,* especialmente Sec. Seg. *I limiti delle sittuazioni attivi,* Pádua, 1953.

61 Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O sistema financeiro nacional. Limitação de juros. Comentários ao art. 192. In: *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 140.

62 Basta lembrar o inc. III do art. 34 (intervenção nos Estados para pôr termo a grave comprometimento da *ordem pública*), o art. 136 (autoriza o estado de defesa a preservar ou restabelecer a *ordem pública* e a *paz social*), art. 142 (competência das Forças Armadas para garantir a *ordem* [pública, por certo]) e art. 144, *caput, e* § 5º (preservação como objeto da segurança pública e da polícia ostensiva exercida pela Polícia Militar; fundamento, pois, do poder de polícia).

63 Cf. BARILE, Paolo. *Le libertà nella costituzione.* p. 47.

64 Cf. BARILE, Paolo. *Il soggetto privato nella costituzione italiana.* p. 136.

65 Cf. BARILE, Paolo. *Le libertà nella costituzione*. p. 47.

66 Sem que se queira interpretar a Constituição segundo a lei ordinária, que seria inverter princípios já que as leis é que devem ser interpretadas conforme a Constituição, pode-se lembrar que há referências legais a "bons costumes", como no art. 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e no art. 395, III, do Código Civil.

67 BARILE, Paolo. *Le libertà*, cit., p. 40.

68 Constituição italiana, arts. 13, 16, 17 e 41. Também a Lei Fundamental da República Federal Alemã, art. l3.

69 Cf. *Crisafulli*, Vezio. *La costituzione*, cit., p. 60. nota 11: *"Uso le espressioni 'situazioni di vantaggio' e rispettivamente 'di svantaggio' per evitare equivoci, dal momento che recenti indagini hanno indotto parte della dottrina ad attribuire un significato diverso da quello tradizionale alle espressioni più comuni, 'situazioni attive' e 'passive'.*" Cf. também *Barile*, Paolo, que, em sua obra *Il soggetto privato nella costituzione italiana,* empregava invariavelmente a expressão *situazioni attive, "Sezione Seconda"*: *I limiti delle situazione attive* (p. 75 e ss.), mas, já em *Le libertà nella costituzione,* editada posteriormente, passou a usar mais frequentemente a expressão *"situazioni di vantaggio"*.

70 *Scienza giuridica e dirito costituzionale.* p. 53.

71 Cf. *Silva*, José Afonso da, *Aplicabilidade*, cit., 1. ed., 1968, p. 109 e 110; 7. ed., 2. tir., 2008, p. 117 e 118.

72 Cf. "Crítica à classificação de José Afonso da Silva acerca da aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais". Disponível em: <www.georgemlima.blogspot.com>.

73 Cf. *Silva,* José Afonso da, *Aplicabilidade*, cit., 1. ed., 1968, p.128, n. 33; 7. ed., 2. tir., 2008, p. 135, n. 33.

74 MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, t. 1/126 e 127.

75 Reunidos no livro já citado, CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio,* Milão, 1952.

76 Ob. cit., p. 34 e 35.

77 Idem, p. 103 e 104.

78 Idem, p. 19 ("Introdução").

79 Idem, p. 62 e 63.

80 Idem, p. 33.

81 Cf. Teixeira, J. H. Meirelles. *Curso*, cit., p. 324.

82 *Servicio español del profesorado de ensegnanza superior*, *La Estructura del Estado,*

Curso de Formación Política (obra redigida por vários professores da Universidade de Barcelona), p. 111. O conceito de regime político é ainda polêmico, mas o apresentado afigura-se-nos o mais correto. Sobre o assunto, cf.: *Parga*, Manuel Jiménez de. *Los regímenes políticos contemporáneos,* Madri, 1960; *Duverger*, Maurice. *Os regimes políticos,* São Paulo, 1962; *Guelli*, Vincenzo. *O regime político,* Coimbra, 1951.

83 Cf. *Siches*, Luis Recaséns. *Nueva filosofia dela interpretación del Derecho,* México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1956. p. 227.

84 Cf. ob. cit., por exemplo, p. 80 e 81.

85 Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais sobre a justiça social*, Tese 8, cit., Separata, 1982. p. 14 e s. letra "c"; cf. também Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 24, n. 4; "a regra constitucional pode ainda limitar-se tão somente a: (C) Expressar em sua dicção apenas uma finalidade a ser cumprida obrigatoriamente pelo Poder Público, sem, entretanto, apontar os meios a serem adotados para atingi-la, isto é, sem indicar as condutas específicas que satisfariam o bem jurídico consagrado na regra".

86 Para tanto, permito-me remeter o leitor ao meu livro *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 7. ed., 2. tir., São Paulo: Malheiros, 2008. p. 135 e s.

87 Cf. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 161.

88 É bem verdade que essa *é* uma postura especialmente de privatistas, que, quando escrevem sobre direito constitucional, insistem em dar efeitos diversos às normas constitucionais em função de sua natureza material ou formal, como se lê no pranteado Prof. Carlos Alberto Bittar (A Constituição de 1988 e sua interpretação, *RT* 635/33, setembro/88), entendendo que as materiais "têm vigência imediata, independentemente de declaração formal do legislador constituinte", enquanto "as demais — em que se encartam as relações privadas — somente produzem efeito em sua plenitude com a adaptação da legislação correspondente"; assim, "as normas de Direito de Família somente terão eficácia plena quando ajustado *o* Código próprio". Não existem relações privadas reguladas pela Constituição. Se ela regulou, nos limites por ela postos, a matéria passa a ser constitucional. Nela não há direito civil nem comercial, mas normas constitucionais sobre matéria civil ou comercial, pondo princípios regedores da sociedade civil.

89 Não obstante isso, George Marmelstein Lima disse que minha teoria as tem apenas como de "eficácia negativa".

90 Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional*, 1. ed., 1977. p. 177.

91 Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional,* 6. ed., 1993. p. 185 e ss.

92 Cf. *Diritto costituzionale,* p. 695 e 696.

93 Cf. *Constituição dirigente,* p. 166.

94 Cf. NATOLI, Ugo. *Limiti, cit.* p. 29.

95 Cf. *Canotilho,* J. J. Gomes. *Constituição dirigente.* p. 24.

96 Cf. *Constituição da República Portuguesa anotada*, v. 1º/41 e 42.

97 Cf. *Direito constitucional.* 1. ed. 1983. p. 189 e 190. Houve inovações nas edições posteriores: cf. 6. ed., 1993, p. 180 e ss. e 346 e ss.

98 *Idem*, *ibidem*, 1a ed. p. 191.

99 *Idem*, *ibidem*, 1a ed. p. 192 e 193.

100 *Idem*, *ibidem*, 1a ed. p. 193.

101 Cf., mais uma vez, *Canotilho*, J. J. Gomes. *Constituição dirigente,* p. 194.

102 Cf. *Direito constitucional,* 1. ed., p. 178.

103 Cf. *Constituição dirigente,* p. 370 e 371.

104 *Idem*, *ibidem*, p. 370 e 371.

105 *Idem*, *ibidem*, p. 365.

106 Luis Roberto Barroso, *O direito*, cit., p. 161: em casos como esse não há *normas programáticas,* porque "a Constituição impõe ao legislador uma atuação. Não são normas que preveem um fim a ser alcançado, deixando aos órgãos estatais o juízo da conveniência, oportunidade e conteúdo das condutas a seguir". Nossa opinião é que tais normas apontam para um fim social a ser alcançado, realizando-se mediante lei (que, aliás, já veio, como anotamos, em forma de medida provisória) *direitos sociais dos trabalhadores* (prestações positivas), que, no caso, dependem desta. Hoje a questão pode ser posta na linha do pensamento do autor, apenas porque há a previsão do mandado de injunção, que precisamente foi criado para dar aplicabilidade a tais normas, quando a lei prevista não o faça (claro, se o mandado de injunção não houvesse sido deformado). Não se trata de colocar a questão da conveniência, porque, dada a discricionariedade do legislador (não houvesse o mandado de injunção), o exame da conveniência e oportunidade também estaria presente, no caso, como é próprio de toda discricionariedade. Demais, também se poderia dizer que normas como as citadas pelo autor como programáticas — "O Estado protegerá as manifestações das culturas populares (...)"; "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico (...)" — deixam menos margem à conveniência e oportunidade do que aquela outra. Também as entendemos como programáticas, com as observações que fizemos no texto mais adiante.

107 Aqui, uma daquelas situações em que a palavra "direito" não qualifica uma situação jurídica subjetiva que propicie exigibilidade efetiva de determinada conduta, hipótese criticada por Luís Roberto Barroso (*O direito*, cit., p. 104).

108 Cf. Pérez Luño, Delimitación conceptual de los derechos humanos, no volume de que é editor: *Derechos humanos, p.* 217. Nosso *Curso de direito constitucional positivo,* p. 188.

109 *Direito constitucional,* 1. ed., p. 183.

110 *Idem*, *ibidem*, p. 184.

111 *Constituição dirigente,* 1. ed., p. 368.

112 Cf. BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral de direito tributário* p. 64.

113 *Philosophie du droit,* p. 285, nota 1. No mesmo sentido, em geral: *Levi,* Alessandro. *Teoria generale del diritto,* p. III; e, particularmente: *Azzariti,* Gaetano. *Problemi attuali di diritto costituzionale,* p. 98: "Queste norme in fondo, sotto un certo aspetto, non sono nemmeno vere e proprie norme giuridiche, perchê il programma che esse tracciano é destinato ad essere attuato dal legislatore, quando e circostanze ne offrano la possibilitâ". Noutro passo, entretanto, concede que possam ter "un certo carattere di giuridicità" (p. 123). *Villari,* Salvatore. Sulla natura giuridica della costituzione, *Archivio Penale,* maio-junho/48, Parte Segunda, p. 217 e ss., negando, aliás, caráter jurídico a toda a constituição formal.

114 A propósito: *Crisafulli,* Vezio, ob. cit., p. 105.

115 *Natoli,* Ugo. *Limiti costituzionali dell'autonomia privata neí rapporto di lavoro* p. 23; *De Simone,* Saverio, ob. cit., p. 38-41.

116 Ob. cit., p. 24.

117 Ob. cit., p 18.

118 Ob. cit., p. 52, com as retificações que o próprio autor admitiu na "Introdução" da obra citada (p. 16 e ss.).

119 O argumento da bilateralidade não escapou a Crisafulli que dele faz uso à p. 74 da obra citada.

120 *Comentários a Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969,* t.I/127, onde exprime uma ideia que também já deixamos anotada, em exemplos, no texto, quando diz:

"A regra programática quase sempre está misturada a outras regras jurídicas cogentes, de modo que se há de discriminar, desde o início, o que *é* regra jurídica já incidente e o que é regra jurídica para ser observada pelas regras jurídicas que a formularem *na matéria".*

121 *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1958. p. 48.

122 *Bandeira de Mello,* Celso Antônio, *Eficácia,* cit., p. 18.

123 *Manual*, cit., p. 127.

124 *Limiti*, cit., p. 29.

125 *Limiti*, cit., p. 27. Natoli parte da natureza convencional das constituições contemporâneas e desenvolve raciocínio para a Constituição italiana que se aplica à Constituição Federal de 1988, hoje com maior razão, visto ser esta mais social do que aquela.

126 *Limiti*, cit., p. 29 e 30.

127 Servicio español del profesorado de ensegnanza superior, La estructura del Estado, curso de formación política (obra redigida por vários professores da Universidade de Barcelona), p. 111. O conceito de regime político é ainda polêmico, mas o apresentado afigura-se-nos o mais correto. Sobre o assunto, cf. *Parga,* Manuel Jiménez de. *Los regímenes políticos contemporaneos.* Madri, 1960; *Duverger,* Maurice. *Os regimes políticos,* São Paulo, 1962; *Guelli,* Vincenzo. *O regime político,* Coimbra, 1951.

128 *Siches*, Luis Recaséns, *Nueva filosofia de la interpretación del derecho,* p. 227.

129 Ob. cit., p. 126.

130 *Diritto costituzionale,* p. 322.

131 *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969,* t. I/127. Do mesmo sentir, quanto à inconstitucionalidade de lei conflitante com as normas programáticas: *Buzaid,* Alfredo. *Da ação*, cit., p. 48-49; *Bittencourt*, Lúcio. *O controle*, cit., p. 60.

132 *Comentários*, cit., p 127.

133 *Crisafulli,* Vezio. *La costituzione*, cit., p. 62 e 63.

134 *Idem*, p. 63.

135 *Nueva filosofia*, cit., especialmente p. 225 e ss.

136 Cf. *Canotilho,* J. J. Gomes, *Direito constitucional.* p. 184.

137 Cf. julgados in: *Archivio Penale,* maio-junho/48, Segunda Parte, p. 215; idem, maio-junho/50, p. 226. No mesmo sentido: *AZZARITTI,* Gaetano. *Problemi*, cit., p. 103; *Bernieri,* Gíovanni. Rapporti, cit., *Archivio Penale,* novembro-dezembro/50. p. 441; *Villari,* Salvatore. Sulla natura, cit., *Archivio Penale,* maio-junho/48, p. 223.

138 Cf. *Bittencourt*, Lúcio, *O controle*, cit., p. 131.

139 Cf. *Teoria e prática do Poder Judiciário.* p. 601.

140 *Teoria*, cit., p. 603. Na Itália, Crisafulli manteve ponto de vista semelhante, entendendo que, na hipótese, se deve falar numa inconstitucionalidade sucessiva da lei anterior incompatível, não aceitando a tese da revogação, pelo menos em referência às normas programáticas, pois, no caso, "le due norme in conflito non hanno Il medesimo oggetto" *(La Costituzione e le sue disposizioni di principio.* p. 57).

141 *O controle*, cit., p. 131.

142 Contudo, a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos e garantias individuais, como é o caso, por exemplo, do art. 5º, XXVIII e XXIX.

143 A propósito, cf. *Reis Júnior,* Ari Timóteo dos. A teoria da reserva do possível e o reconhecimento pelo Estado de prestações positivas, em *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, Ano 17 – 86 maio-junho 2009, p. 12. O autor, ainda que propenda para a "reserva do possível", em homenagem ao princípio da divisão de poderes, admite que "há

um limite à liberdade de conformação pelo legislador, que se caracteriza pelo mínimo existencial, que demarcado pela dignidade da pessoa humana, autoriza ao Judiciário a sua tutela imediata, mediante uma ponderação de princípios" (*idem*, p. 30).

144 Extraído do *Informativo* - *STF,* n. 345.

Hermenêutica Constitucional

Inocêncio Mártires Coelho[1]

SUMÁRIO

1. Introdução. **2.** O direito como objeto cultural e o problema da sua compreensão/interpretação/aplicação. **3.** A dialética da aplicação do direito e o caráter exemplar da hermenêutica jurídica para as ciências do espírito. **4.** Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica; o nascimento do paradigma hermenêutico; a hermenêutica como arte geral do compreender e da superação de mal-entendidos. **5.** O direito como linguagem/texto. **6.** O direito como argumentação. **7.** Hermenêutica constitucional: conceito, características, métodos, princípios e limites da interpretação constitucional. Mutação constitucional: conceito, espécies e limites. **7.1.** Conceito de interpretação constitucional. **7.2.** Características da interpretação constitucional. **7.2.1.** Linguisticidade. **7.2.2.** Literalidade. **7.2.3.** Objetividade. **7.2.4.** Necessidade. **7.2.5.** Contextualidade. **7.2.6.** Mutabilidade. **7.3.** Métodos da interpretação constitucional. **7.3.1.** Método jurídico ou hermenêutico-clássico. **7.3.2.** Método tópico-problemático. **7.3.3.** Método hermenêutico-concretizador. **7.3.4.** Método científico-espiritual. **7.3.5.** Método normativo-estruturante. **7.3.6.** Método da comparação constitucional. **7.4.** Princípios da interpretação constitucional. **7.4.1.** Princípio da unidade da Constituição. **7.4.2.** Princípio da concordância prática ou da harmonização. **7.4.3.** Princípio da correção funcional. **7.4.4.** Princípio da eficácia integradora. **7.4.5.** Princípio da força normativa da Constituição. **7.4.6.** Princípio da máxima efetividade. **7.4.7.** Princípio da interpretação conforme a Constituição. **7.4.8.** Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade. **7.5.** Limites da interpretação constitucional. **8.** Mutação constitucional: conceito, espécies e limites. **8.1.** Conceito de mutação constitucional. **8.2.** Espécies de mutação constitucional. **8.3.** Limites da mutação constitucional. **9.** Diretrizes para uma interpretação estrutural dos modelos jurídicos. **10.** Conclusão.

1. Introdução

O ponto de partida destas reflexões é a aceitação da tese, exposta pioneiramente entre nós pelo saudoso Miguel Reale[2], da necessária correlação entre ontologia e gnosiologia, entre ato normativo e ato interpretativo, assim como entre objeto e método, o que, tudo somado, significa que o estudo da hermenêutica jurídica pressupõe uma investigação sobre o universal jurídico, ou seja, sobre a *coisa* direito e o *modo de conhecê-la*, em geral, antes de empreendermos a análise das hermenêuticas

jurídicas particulares, nomeadamente a da *hermenêutica constitucional*, cujos métodos e princípios serão abordados com vistas a podermos dizer o que são, para que servem e como se aplicam. Quanto à importância do assunto, basta registrar-se, com Rubio Llorente, que, atualmente, a *doutrina da interpretação* é o núcleo essencial da Teoria da Constituição e do Direito Constitucional, assim como da Teoria do Estado e, de certa forma, até mesmo da própria Teoria do Direito, num arco temático que abrange as dimensões essenciais da experiência jurídica[3].

2. O direito como objeto cultural e o problema da sua compreensão/interpretação/aplicação

Fenômenos *culturais* ou realidades *significativas*, as chamadas *coisas do espírito* − entre as quais se encontra o direito − enquanto objetos de conhecimento diferem radicalmente dos fenômenos físicos, porque em relação a estes as verdades obtidas resultam, necessariamente, do estudo da realidade por um método *empírico-indutivo*, tendo a *explicação* como ato gnosiológico[4].

Realidades puramente naturais, esses objetos são *neutros* ao valor e o seu conhecimento se *constitui* e se *conclui* quando, operando-se um *corte* a qualquer altura do processo explicativo, são eles referidos a algo que lhes é externo, à sua *causa*, próxima ou remota.

Em relação a tais objetos, *observados* os fenômenos e formulada uma *hipótese* – como "explicação antecipada e racional" para a sua ocorrência –, se essa solução provisória, depois de submetida a *experimentação*, vier a se *verificar*, então o cientista da natureza dará por *concluído* o seu trabalho, enunciando uma *lei*, que traduzirá, em linguagem *sintética* e *generalizadora*, as relações constantes e necessárias existentes entre os fenômenos observados. Ao enunciar essa lei, o cientista natural terá *explicado* aqueles fenômenos de uma forma que permanecerá válida e definitiva, se e enquanto fatos novos não "dispuserem" em contrário.

No mundo ético, diversamente, o descumprimento das normas não constituirá "disposição em contrário", pois enquanto as *leis físicas*, como sínteses de uma dada experiência, exprimem só *o que é*, aquilo que efetivamente acontece, já as *leis morais* não recebem as suas verdades das

condutas que intentam regular, porque não expressam o que *é*, mas apenas o que *deve ser*. Nos domínios da ética, em geral, e do direito, em particular, pelo menos em linha de princípio, a eficácia não é condição de validade[5].

De outra parte, porque são ontologicamente *valiosos*[6], os objetos culturais só se dão a conhecer através de um método específico e adequado, *empírico-dialético*, que se constitui pelo ato gnosiológico da *compreensão*, através do qual, no *ir e vir* ininterrupto da materialidade do substrato à vivência do seu sentido espiritual, nós procuramos descobrir o *significado* das ações ou das criações humanas[7].

Nesse setor da realidade, precisamente em razão da singularidade dos seus objetos, a busca de *explicações* seria tão extravagante quanto a ideia de se *julgar* a natureza, o que não significa, entretanto, descartar-se de plano a possibilidade de qualquer ajuda/interação entre *explicar* e *compreender*, até porque, apesar de serem *vários* os métodos e *vários* os saberes científicos, há *um só* espírito científico e *um só* tipo de visão propriamente científica[8], o que levou Ricoeur, como ele mesmo diz, a pôr em questão o dualismo metodológico da explicação e da compreensão e preconizar a substituição dessa alternativa brutal por uma *dialética fina*, assim entendida uma reflexão conforme a qual explicar e compreender não constituiriam os polos de uma relação de exclusão, mas os momentos de um processo complexo a que se pode chamar interpretação. Daí o lema explicar *mais* para compreender *melhor*, com o qual ele resumiu essa nova postura epistemológica, ainda não de todo aceita pelos teóricos do conhecimento, como veremos logo a seguir[9].

Assim é que, procurando esclarecer a especificidade da compreensão como ato gnosiológico próprio das humanidades, em cotejo com a explicação, que opera no âmbito das ciências da natureza, Carlos Cossio, por exemplo, assinala que enquanto a *explicação* prossegue, sem cessar, na mesma direção assinalada pelo seu momento de partida (*e.g.* dos efeitos às suas causas e destas às respectivas causas, e assim cada vez mais longe; ou do todo às suas partes e assim cada vez a algo mais simples), a *compreensão*, pelo contrário, ao avançar depois da primeira referência, retorna ao ponto de partida e daqui, outra vez, ao antes referido, num círculo infinito que vai do substrato ao seu sentido e vice-versa. No conhecimento por explicação – prossegue o mestre platino –, qualquer retrocesso na direção seguida pelo espírito cognoscente é um *recomeço* e

não aumenta o conhecimento, pois o que já foi explicado ficou totalmente conhecido. Diversamente – conclui esse jusfilósofo –, tal como ao se avançar numa circunferência volta-se, sem parar, de uma antípoda à outra, verificamos que *todo retorno em direção à etapa precedente aumenta o conhecimento por compreensão, levando-o mais adiante*[10].

Diante das obras de arte − do *Quijote* de Cervantes ou da *Pietà* de Miguel Angelo, das *Meninas* de Velázquez ou da *Nona Sinfonia* de Beethoven − esse ir e vir compreensivo, que atravessa séculos e gerações, vai progressivamente enriquecendo e ampliando os objetos com novas interpretações, abordagens que nem pelo fato de serem diferentes invalidam as interpretações anteriores, num processo de superação e, ao mesmo tempo, de conservação e de absorção de significados.

No campo do direito, onde também encontramos *obras de arte*, representadas pelos chamados *monumentos legislativos* − a *Lei das XII Tábuas*, o *Corpus Juris Civilis*, a *Magna Carta*, a *Constituição dos Estados Unidos* ou o *Código de Napoleão*, por exemplo – gerações e gerações de juristas e de filósofos do direito, ao longo dos séculos, vêm se debruçando e produzindo interpretações sempre renovadas, mas tão impregnadas nas anteriores, que podemos considerá-las elementos *originariamente* integrantes da normatividade daqueles textos.

Por isso é que juristas do porte de Radbruch − nisto distinguindo-a da interpretação filológica – afirmam que "a interpretação jurídica não é pura e simplesmente um *pensar de novo* aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um *saber pensar até ao fim* aquilo que já começou a ser pensado por um outro"[11]. Em termos diversos, não uma estéril e circular repetição do que já foi dito, mas um dialético *levar adiante* − *preservado, transformado* e, por essa forma, *enriquecido* − um pensamento que apenas se iniciou e que, por sua natureza, não impõe limites para *novas leituras*, como é próprio das coisas do espírito[12].

3. A dialética da aplicação do direito e o caráter exemplar da hermenêutica jurídica para as ciências do espírito

Inicialmente, sem necessidade de enfrentar as tormentosas discussões que se travam no terreno da linguística, diremos, com a generalidade dos autores, que a interpretação de qualquer norma jurídica é uma atividade intelectual que tem por finalidade precípua − estabelecendo o seu sentido –, tornar possível a aplicação de enunciados normativos, necessariamente abstratos e gerais, a situações da vida, naturalmente particulares e concretas.

Se for verdade que o problema fundamental para o operador do direito não é a distância *cronológica* entre o momento da elaboração da norma e o da sua aplicação, mas a distância *material* entre a generalidade do seu enunciado e a singularidade dos casos a decidir, então o trabalho do intérprete-aplicador apresenta-se não apenas como uma tarefa de desocultamento ou de fixação de significados que, até certo ponto, permanecem escondidos, mas também como um esforço de mediação/superação desse abismo entre a generalidade da lei e a situação jurídica emergente dos casos particulares, uma distância tão grande que Hans-Georg Gadamer chega a considerá-la *essencialmente insuperável* e até mesmo independente de eventual mudança nas relações sociais ou de qualquer alteração histórica da realidade, que faça parecer antiquado ou inadequado o direito vigente[13].

Nesse sentido, observa Fernández-Largo que o nó górdio da compreensão normativa reside nessa antinomia entre o abstrato e o concreto e que, por isso mesmo, o maior problema para o aplicador do direito consiste, precisamente, em trazer para a *sua* situação histórica e para a *sua* condição de sujeito por ela afetado, uma norma que é enunciada sempre em termos genéricos e a partir de supostos típicos[14].

Ao fim e ao cabo, de que se trata, diz Francisco Lopez Ruiz, é da *transformação* de disposições legais em direito interpretado, como decorrência da assumida *descontinuidade* entre a expressão linguística da disposição e sua compreensão/interpretação para fins de aplicação, uma *transmutação* que se opera no e pelo raciocínio dos operadores do direito, indivíduos *situados* e *datados*, historicamente condicionados, portanto, cujas ideias e valores, para não dizer *preconceitos* e *ideologia*, se não determinam, pelo menos condicionam, em larga medida, a sua visão do direito e da justiça[15].

Por tudo isso, assiste razão a Martin Kriele quando afirma que não se

pode interpretar nenhum texto jurídico a não ser colocando-o em relação com problemas jurídicos concretos (reais ou imaginários), com soluções que se procuram para os casos ocorrentes, porque é somente na sua aplicação aos fatos da vida e na concretização, que assim necessariamente se processa, que se revela completamente o conteúdo significativo de uma norma e ela cumpre a sua função de regular situações concretas[16].

Em síntese, sem que se opere a transformação do abstrato em concreto e do geral em particular − porque essa é a forma de interrogá-los corretamente − os textos jurídicos nada dirão àqueles que pretendam compreendê-los e, com eles a partir deles, resolver os problemas ocorrentes.

Por outro lado, é de se registrar, igualmente, que a cada concretização os modelos normativos se ampliam e se enriquecem, adquirindo sempre novas possibilidades de utilização, que não poderiam ter sido imaginadas sequer pelo mais profético dos legisladores históricos, até porque num direito legislado existem mais lacunas do que disposições e, a todo instante, a vida se diverte com as previsões legais[17]. Mais ainda, os casos assim decididos passam a valer como precedente e ponto de partida para futuras aplicações, sem que esse movimento jamais se interrompa[18].

Daí se dizer que uma interpretação *definitiva* parece ser uma contradição em si mesma, pois qualquer interpretação é algo que está sempre a caminho, que nunca se conclui, seja porque uma *leitura*, que até então se considerava adequada, mais adiante poderá vir a se mostrar *incorreta*, seja porque de acordo com a época em que vive o intérprete e com base no que então ele sabe, não se excluem *outras* interpretações, que, precisamente para aquela época e para o que nela se sabe, serão *melhores ou mais adequadas* do que as anteriores, sem que essas novas formas de compreensão signifiquem a condenação, como *erradas*, de quantas se produziram anteriormente. *A interpretação não tem ponto de chegada*[19].

Corroborando esse entendimento, Carlos Cossio afirma que em tais situações seria inadequado falarmos em erro teórico, pois as *viragens* de jurisprudência não são correções de equívocos, mas simples mudanças de valoração na consciência jurídica, de resto absolutamente normais porque toda a experiência jurídica é de natureza *estimativa* e essas oscilações axiológicas ocorrem no âmbito mais geral de valoração de uma mesma lei.

No fundo, arremata o mestre argentino, o de que se trata é de algo semelhante à substituição de leis, hipótese em que, igualmente, não se

poderia dizer que as normas posteriores são editadas para corrigir erros teóricos até então despercebidos na legislação em vigor, porque em verdade são epifenômenos de subjacentes transformações fático-axiológicas das quais decorrem sempre renovadas adaptações normativas[20].

Sob essa perspectiva, torna-se manifesto o caráter nomogenético dos fatos sociais – *ex facto oritur ius* – enquanto fatores determinantes da criação e constante regeneração dos modelos jurídicos, um trabalho de *aggiornamento* que é levado a cabo pelos operadores do direito a compasso das necessidades sociais, precisamente para revalidar esses modelos e, por essa forma, preservar-lhes a força normativa[21].

No campo da experiência judicial − onde a criatividade do intérprete encontra soluções mais rápidas para os conflitos de interesses do que as sempre demoradas respostas do legislador –, nesse terreno as exigências sociais são imediatamente absorvidas e racionalizadas pelo aplicador do direito, sob a forma de *mutações normativas* ou *novas leituras* dos mesmos enunciados normativos, leituras tão inovadoras que chegam a criar modelos jurídicos inteiramente novos, o que, tudo somado, só faz confirmar a encarecida distinção entre *texto* e *norma*, assim como o clássico ensinamento de Kelsen, a nos dizer que a norma não é um evento sensorialmente perceptível − os votos pela aprovação ou rejeição de um projeto de lei, exteriorizados no parlamento, por exemplo –, mas o sentido jurídico específico que, objetivamente, o direito atribui a esse evento, em relação ao qual, por isso mesmo, as normas funcionam como “esquemas de interpretação”[22].

Essas novas leituras constituem os modelos jurisdicionais ou modelos *autônomos* − como os denomina Reale − porque o aplicador do direito tem competência para criá-los correlacionando dois princípios jurídicos fundamentais: o de que o juiz não pode se eximir de julgar a pretexto de haver lacuna ou obscuridade da lei; e o de que, na omissão da lei, ele deve proceder como se fora legislador[23].

No âmbito da jurisdição constitucional, por exemplo, o exercício dessa criatividade, a rigor, não conhece limites, não só porque as cortes constitucionais estão situadas fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais[24], mas também porque a sua atividade interpretativa consiste, no que tem de específica, em *concretizar* enunciados normativos deliberadamente abertos, indeterminados e plurissignificativos − as

fórmulas *lapidares* que integram a parte *dogmática* das constituições –, para possibilitar o seu desenvolvimento hermenêutico, a compasso das necessidades econômicas, sociais e culturais.

Nesse contexto de *ativismo judicial*, alguns juristas brasileiros chegam a preconizar o deslocamento das decisões politicamente relevantes do Legislativo e do Executivo – por eles reputados inertes –, para o Poder Judiciário, porque acreditam que a *nova magistratura* estaria disposta a resgatar as promessas de emancipação social inseridas na Constituição de 1988, mas que os outros Poderes não se propõem a concretizar[25]. No plano externo, por força da normatividade da constituição e da sua presença em todo tipo de conflito, e não apenas nos embates de natureza política que se travam entre os órgãos supremos do Estado, Prieto Sanchís afirma que o novo constitucionalismo desemboca na onipotência judicial, entendimento do qual participa Andrés Ibáñez, para quem igualmente já ocorreu a *transferência do poder político do legislador para o juiz*[26], e Elias Díaz, a se indagar – entre perplexo e apreensivo – se o atual Estado constitucional de Direito não é uma simples *máscara ideológica*, com que se disfarça um verdadeiro Estado *judicial* de Direito[27].

Intérpretes finais da Constituição e juízes últimos de sua própria autoridade[28], as modernas cortes constitucionais − de resto com ampla aceitação nas sociedades democráticas − acabaram se transformando em *quarto poder*, *gabinete na sombra*, *variante do poder legislativo*, *legislador complementar*, *parlamento de notáveis*, *legislador positivo*, *juiz soberano*, *contracapitão*, *instância suprema de revisão* ou, ainda, em verdadeira *constituinte de plantão*[29], confirmando, assim, as célebres palavras de Charles Hughes − então Governador do Estado de Nova York e, depois, membro da Suprema Corte dos Estados Unidos −, quando afirmou que os americanos viviam sob uma constituição, mas que essa carta política era aquilo que os juízes diziam que ela era[30].

Contra esse entendimento, que sempre contou com ampla aceitação entre os constitucionalistas, registram-se, no entanto, algumas vozes discordantes. Sebastián Soler, por exemplo, ao criticar a opinião de John Gray − para quem, igualmente, a Constituição dos Estados Unidos não é o que aparenta ser, mas aquilo que a Corte Suprema diz que ela é –, considera um *sofisma* evidente identificar-se a constituição com as decisões que a interpretam, porque as normas jurídicas são estruturas nas quais se

articulam conceitos, ideias e valores, cujo sentido não é subjetivo, antes objetivo, com relação a todos os possíveis destinatários do preceito. Se essa identificação fosse verdadeira − prossegue o mestre platino –, juridicamente valioso não seria, então, aquele texto venerável, e sim os modestos preceitos legais que dispõem sobre a designação dos membros do tribunal e o modo como eles proferem suas sentenças, já que a matéria dessas decisões teria valor constitucional independentemente do seu conteúdo efetivo; mais ainda, referida precisamente aos Estados Unidos − arremata Soler, com fina ironia –, essa tese deveria explicar se a vida jurídica norte-americana teria sido a mesma supondo-se que só tivesse existido a Suprema Corte e não também a Constituição[31].

Ressalvadas essas poucas discordâncias − as quais, embora relevantes, não invalidam a *prova do pastel* de que fala Christopher Wolfe[32] –, acreditamos que as palavras de Charles Hughes tenham acolhida em todos os países que atribuem ao Judiciário a *última palavra* sobre o sentido e o alcance das suas constituições[33].

Por isso, no caso do Brasil − igualmente um Estado *judiciarista* −, continua válida a observação de Francisco Campos de que no poder conferido ao STF para interpretar a Constituição está implícito o de traduzi-la nos conceitos dos seus juízes[34].

Destarte, se é verdade que novas acepções atribuídas a um mesmo termo equivalem à criação de termos novos − assertiva que, de resto, encontra respaldo entre os estudiosos da semântica[35] –, parece lícito concluir-se que, nos domínios da experiência jurídica, quando juízes e tribunais emprestam sentidos novos a um mesmo enunciado normativo, uma prática para eles rotineira, rigorosamente produzem outros enunciados a partir de textos que se mantêm inalterados. São as chamadas *novas leituras*, das quais decorrem as *viragens de jurisprudência* que regeneram os sistemas jurídicos e lhes preservam a força normativa.

Funcionam, então, esses operadores jurídicos, como instâncias *heterônomas* de criação *abreviada* do direito, sem que a ninguém ocorra a ideia de que, no exercício desse mister, estejam eles a usurpar função privativa do legislativo, uma conclusão que, de resto, conta com o apoio de juristas-filósofos da maior expressão, como Elias Díaz, por exemplo, para quem o Direito compreende não só as normas mas também o trabalho dos seus operadores, vale dizer, o que eles fazem com elas, no amplo espectro

das interpretações aceitáveis[36].

Nesse particular, não somente no âmbito da jurisdição constitucional, mas também nos domínios da jurisdição ordinária, quem se der ao trabalho de compulsar os repertórios de jurisprudência e comparar as decisões *divergentes* extraídas de um *mesmo* texto legal, não terá dificuldade em chegar a idêntica conclusão, o que nos leva a imaginar a existência de um *acordo tácito* − alguns chegam a falar em *cumplicidade*[37] –, entre legisladores e juízes, a que não falta o aval da doutrina, por força de cujas cláusulas, em obediência à natureza das coisas e ao princípio da separação dos poderes, o Parlamento continua com o monopólio da *redação* das leis, mas o Judiciário fica liberado para interpretá-las *criativamente*, de preferência se o fizer reiterando que a sua *leitura* não ultrapassa o *sentido literal possível*[38]...

Em suma − ironiza Guastini, a criação jurisprudencial do direito é pudicamente ocultada sob trajes menos vistosos e apresentada como simples *explicitação* de normas implícitas, como elaboração de normas que se consideram já existentes no sistema legislativo, embora em estado latente, mesmo que o legislador não as tenha formulado expressamente[39].

Críticas à parte, o que a experiência demonstra é que tudo isso ocorre de maneira *necessária* e *à luz do dia*, não apenas em decorrência da invencível distância entre a generalidade e abstração das normas e a especificidade e concretitude das situações da vida, mas também pelas constantes alterações no prisma histórico-social de aplicação do direito, transformações que ampliam aquela lonjura, suscitando problemas de justiça material, que o juiz do caso está obrigado a resolver prontamente, até porque não pode aguardar − reitere-se − as sempre demoradas *respostas* do legislador[40].

Nessa perspectiva, não seria exagerado dizermos que, ao fim e ao cabo, a tão combatida criação judicial do direito é apenas um *completamento* – de resto absolutamente indispensável – do trabalho do legislador, cujas opções normativas, ainda que fossem proféticas, jamais conseguiriam aprisionar nas malhas da lei toda a complexa realidade social. Numa palavra, para realizar materialmente o direito e possibilitar que se dê a cada um o que é seu, o legislador não prescinde, antes precisa, da participação do juiz, a quem só fornece *critérios gerais* de justiça e não sentenças *prêt-à-porter*[41]... A essa luz, pode-se dizer que o direito é criado em dois tempos e a quatro mãos: primeiro, pelo legislador, quando modela os comandos

jurídicos; e, a seguir, pelo juiz, quando os concretiza na interpretação/aplicação.

Trata-se de uma realidade evidenciada à exaustão nos manuais de anotações a textos legais, nessas *muletas profissionais* que se reeditam em ritmo frenético para que o *mundo jurídico* se mantenha em dia com os últimos *lançamentos* da jurisprudência[42]...

Em sede de interpretação constitucional, essas novas leituras denominam-se *mutações constitucionais*[43], expressão que Anna Ferraz utiliza para designar exclusivamente os processos informais que, sem contrariar a Constituição, alterem ou modifiquem o sentido, o significado ou o alcance das suas normas, rotulando como *inconstitucionais* os que ultrapassem os limites da interpretação e produzam resultados hermenêuticos incompatíveis com os princípios estruturais da lei fundamental[44].

No mesmo sentido, e com idêntica preocupação conceitual, Gomes Canotilho acentua que uma coisa é admitirem-se mutações constitucionais − que são válidas enquanto alterações do âmbito ou da esfera da norma que ainda podem ser abrangidas pelo programa normativo −, e outra, bem diversa, é legitimarem-se mudanças constitucionais que se traduzem na existência de uma *realidade constitucional inconstitucional*, ou seja, alterações manifestamente incomportáveis pelo programa da norma constitucional[45].

Em qualquer caso, porém, não se deve perder de vista que pertence às cortes constitucionais – e não aos seus críticos externos, por mais qualificados que eles sejam ou se considerem – a *última palavra* sobre o que é ou não compatível com a constituição, uma prerrogativa tão excepcional que nos impõe meditar, criticamente, sobre o modelo brasileiro de jurisdição constitucional, para sabermos até que ponto e em que medida a forma de escolha dos seus juízes e a vitaliciedade dos mandatos não retardam as sempre necessárias *releituras* da nossa Lei Fundamental.

Relembremos, *en passant*, que a própria organização desses tribunais extraordinários − na Alemanha, Itália, França, Espanha e Portugal, por exemplo – demonstra que os seus instituidores conceberam-nos como derradeira instância de avaliação jurídica e política da atividade legislativa, sem que, pelo menos a seus olhos, essa opção implicasse quer a *politização* da justiça, quer a *judicialização* da política. Nesses países, como em vários outros, os membros das cortes constitucionais são indicados por diferentes

segmentos sociais e desempenham suas funções por tempo certo, o que objetivamente assegura o pluralismo no âmbito da corte e uma saudável renovação dos seus juízes, a compasso das igualmente saudáveis transformações políticas e sociais[46].

Na seara do direito privado, mais especificamente nos domínios do direito civil francês, em frase que se tornou célebre − a "revolta dos fatos contra o Código" –, Gaston Morin assinalou, criticamente, que a nova ordem jurídica surgida daquela revolta não se implantou à luz do dia, nem alterou fórmulas ou conceitos; ao contrário, fez-se de maneira camuflada, em obediência a uma curiosa lei sociológica segundo a qual a vida jurídica não se desenvolve a céu aberto, mas escondida debaixo de noções técnicas, que se conservam formalmente intactas, embora esvaziadas em seu conteúdo[47].

Mas não é apenas, genericamente, sob esse aspecto da *modificação* do sentido das normas, das chamadas mutações normativas, que os fatos sociais atuam sobre os modelos jurídicos. Rigorosamente, e com maior *profundidade*, pode-se dizer que as situações da vida são *constitutivas* do significado das regras de direito, porque o sentido e o alcance dos enunciados normativos só se revelam em plenitude no momento da sua aplicação aos casos concretos[48].

Por isso é que inúmeros juristas, como Pérez Luño[49], por exemplo, chegam a dizer que a norma jurídica não é o pressuposto, mas o *resultado* da interpretação, enquanto outros asseveram − como o faz, com frequência, Miguel Reale –, que o Direito é a *norma* e também a *situação normada* e que *a norma é a sua interpretação*[50], uma afirmação que, de resto, é comprovada pelo fato, não contestado sequer pelos críticos da criatividade hermenêutica, de que sem o problema suscitado *a partir do intérprete* as normas jurídicas permanecem genéricas e estáticas[51], à espera de que ocorram as suas hipóteses de incidência, aquelas situações de fato que – também elas – dependem do reconhecimento dos intérpretes/aplicadores para que se desencadeiem as respectivas consequências jurídicas[52]. No mesmo sentido, o arguto Eros Grau afirma e reafirma que, sem a mediação criadora do intérprete *autêntico*, de que nos fala Kelsen, o conjunto das *disposições* (*textos*, *enunciados*) é apenas *ordenamento em potência*, um *conjunto de possibilidades de interpretação* ou, se preferirmos, um elenco de *normas potenciais*, cujo *significado* − as verdadeiras *normas*, extraídas dos textos − é produzido pelos seus aplicadores, no curso do processo de

concretização dos modelos jurídicos[53].

Identicamente, na linha da hermenêutica filosófica de formulação gadameriana, Karl Larenz enfatiza que a aplicação ou a aplicabilidade das normas aos casos concretos constitui aspecto *imanente* da própria interpretação jurídica, verdadeira condição de possibilidade do trabalho hermenêutico, uma tarefa que não se pode desenvolver abstratamente, porque exige − para recíproco esclarecimento, aproximação e explicitação – um *balançar de olhos* entre o geral e o particular, entre a norma e o fato, entre o programa normativo e o âmbito normativo, entre a possível interpretação e o seu resultado, tal como antevisto pelo intérprete-aplicador[54]. Em síntese, arremata o mesmo Larenz, invocando Schönfeld, na apreciação do caso concreto, o juiz não tem apenas de "generalizar" o caso; tem também de "individualizar" até certo ponto o critério, do que resulta que a norma só é verdadeiro direito porque e enquanto é aplicada ao caso e se converte em sentença[55].

Trata-se, então, de uma exigência *ontognosiológica* − inerente ao *ser* e ao *conhecer* da experiência jurídica −, que decorre da natureza histórico-dialética do processo de compreensão do direito, em cujo âmbito se fundem, necessariamente, como momentos distintos, mas complementares, os instantes de *produção*, *interpretação* e *aplicação* dos modelos jurídicos[56].

Daí estas palavras de Luís Recaséns Siches, acentuando a íntima conexão entre as diferentes etapas do processo de criação do direito, nesta compreendida a sua *aplicação* como momento culminante da normatividade jurídica:

> Deve-se sepultar definitivamente a errônea ideia, hoje já descartada, mas que prevaleceu durante mais de dois séculos, da mal chamada *aplicação* do Direito. O Direito positivo não é o contido na constituição, nas leis, nos regulamentos, etc., já pré-configurado, já concluído, já pronto para ser *aplicado.* O processo de criação ou de produção da ordem jurídica positiva vai desde o ato constituinte, através da constituição, das leis, dos regulamentos, etc., até a norma individualizada na sentença judicial ou na decisão administrativa, *sem solução de continuidade.*
>
> O que equivocadamente chamou-se de *aplicação do Direito* não é algo que sobrevenha a uma norma depois que ela foi editada, antes é parte

> integrante do Direito mesmo, que se torna patente pela individualização levada a cabo pelos órgãos jurisdicionais. E é uma parte tão necessária do Direito que, em muitos casos, nós só descobrimos o que efetivamente ele *é* se conhecermos o modo como ele opera e os efeitos que produz nas vidas humanas. *Uma norma jurídica é aquilo que ela faz*[57] (grifos nossos).

Sob essa perspectiva, pode-se dizer que a constante adequação das normas aos fatos − um trabalho essencialmente entregue à clarividência dos intérpretes-aplicadores − apresenta-se como requisito indispensável à própria efetividade do direito, o qual só funciona enquanto se mantém sintonizado com a realidade social, muito embora essa adequação não deva comprometer a autonomia dos modelos normativos e a sua pretensão de conformar, *juridicamente*, a sociedade segundo pautas axiológicas quanto possível independentes. Afinal, se as normas jurídicas devessem *necessariamente* andar a reboque dos fatos sociais, seriam estes e não aquelas normas os verdadeiros conformadores das relações humanas.

Mesmo assim, para que o direito possa operar efetivamente e *dar a cada um o que é seu*, é necessário que os seus *aplicadores* funcionem como instâncias redutoras do *descompasso* entre os problemas sociais e as respectivas soluções legislativas, uma tarefa que desde sempre só eles estão funcionalmente habilitados a desempenhar. Afinal, é nas portas do Judiciário onde se ouvem as primeiras batidas contra as injustiças da lei[58].

Por tudo isso, torna-se evidente que incumbe essencialmente aos intérpretes-aplicadores − e não aos legisladores − encontrar as *primeiras* respostas para os novos problemas sociais, uma tarefa da qual só poderão desincumbir-se a tempo e modo se forem capazes de olhar para o futuro e trilhar caminhos ainda não demarcados; se tiverem a coragem de enfrentar a opinião dominante, em vez de se resignarem a seguir a jurisprudência estabelecida; se, finalmente, se dispuserem a assumir o ônus redobrado de combater as ideias cristalizadas, até porque, via de regra, longe de traduzirem verdadeiros consensos, essas falsas unanimidades não passam de preconceitos coletivos[59], fruto dos argumentos de autoridade, que sabidamente esterilizam o pensamento e impedem os voos mais arrojados.

Encaradas sob essa ótica, portanto, as transformações sociais − usualmente apontadas como fenômenos *externos* ou *alheios* à vida dos enunciados jurídicos − deixam de ser vistas como aquelas corrosivas

revoltas dos fatos contra os códigos para se converterem, positivamente, em fatores de *atualização* dos comandos jurídicos e, por essa forma, de regeneração da sua força normativa.

No mesmo sentido é que, nos domínios da experiência jurídico-constitucional, Fernando Lassalle chega a dizer que a vida das constituições depende da sua submissão aos *fatores reais de poder* imperantes na sociedade, e o moderado Konrad Hesse nos adverte de que as *possibilidades* e os *limites* da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein)* e dever ser (S*ollen)*, porque a sua pretensão de eficácia está condicionada pelas condições históricas da sua realização.

Destarte, e pelas mesmas razões, as controvertidas *mutações constitucionais* poderão ser assimiladas como saudáveis procedimentos que *regeneram* o texto constitucional e, por essa forma, tornam dispensáveis as sempre desgastantes revisões formais, que abalam o prestígio e a força normativa da constituição.

O de que se trata, enfim, é de assegurar *eficácia* não apenas à Constituição, mas também, e a partir dela, a todas as normas do ordenamento jurídico, como condição indispensável para que a sua *normatividade* se converta em energia *normalizadora*, conformando a realidade social segundo os parâmetros de *normalidade* juridicamente estabelecidos. Caso contrário, isto é, se não alcançarem a *regularidade* a que aspiram, essas normas sequer merecerão qualificar-se como normas *jurídicas* porque, desprovidas de *efetividade*, terão perdido uma das dimensões essenciais do direito[60].

E tanto isso é verdadeiro que Hans Kelsen, sabidamente um normativista radical, viu-se na contingência de reconhecer que uma ordem jurídica como um todo, assim como uma norma jurídica singular, perde a *validade* quando deixa de ser *eficaz*[61].

Portanto, é somente pelo trabalho hermenêutico de *ajustamento* e *reajustamento* entre normas e fatos − no qual se fundem, necessariamente, a *compreensão*, a *interpretação* e a *aplicação* dos modelos jurídicos − que se viabiliza a ordenação *jurídico-normativa* da vida social, porque é no ato e no momento da *individualização* da norma que o juiz desempenha o papel de agente redutor da inevitável distância entre a generalidade dos preceitos jurídicos e a singularidade dos casos a decidir.

Nesse instante, e por essa forma, atento às *particularidades* da situação

posta a seu exame − tanto do ponto de vista objetivo quanto do subjetivo −, ele criará a norma *concreta*, a *norma do caso* ou a *norma de decisão*, para efetivamente poder dar a cada um o que for seu e, assim, realizar a justiça em sentido material[62].

Por isso é que Luís Recaséns Siches nos diz que o verdadeiro direito, aquele que é dotado de força executiva e de impositividade inexorável, não é o que vem esboçado em normas abstratas e gerais − como tais insuscetíveis de aplicação direta às situações da vida −, mas apenas o que se contém nas sentenças, nas resoluções administrativas e nos atos que os destinatários daquelas normas, dando-lhes determinada interpretação, hajam por bem praticar sob esse entendimento, em suas relações de ordem privada não contenciosas[63].

Nessa perspectiva, pode-se dizer que as regras de direito só entram em vigor no momento da sua aplicação, porque só então é que se aperfeiçoam os modelos jurídicos, pela fusão dialética do que neles é norma *e* situação normada, preceito *e* realidade, horizonte de produção *e* horizonte de aplicação do direito; em suma, naquele momento em que, num metafórico *balançar de olhos* entre o programa normativo e o âmbito normativo, o intérprete-aplicador estende uma ponte sobre o *abismo* que separa o seu mundo do mundo do legislador histórico, de modo a trazer o texto para o presente, para a situação hermenêutica − para o aqui e o agora − em que ele há de ser aplicado[64].

Nisto consiste o caráter *paradigmático* da hermenêutica jurídica para as ciências do espírito, um atributo superior que Hans-Georg Gadamer pôs em evidência ao dizer que, nesses domínios, compreender sempre foi, também, aplicar; que a tarefa da interpretação consiste em *concretizar a lei* em cada caso, isto é, na sua *aplicação*; e que a aplicação não é uma etapa derradeira e eventual do fenômeno da compreensão, mas um elemento que a determina desde o princípio e no seu conjunto[65].

Como, de outro lado, segundo o magistério de Reale, toda norma jurídica representa uma solução temporária − momentânea ou duradoura − de uma tensão dialética entre fatos e valores, solução essa que é estatuída e objetivada pela interferência decisória do Poder em dado momento da experiência social, por tudo isso deve o intérprete-aplicador *reconstruir* a nomogênese jurídica ou *percorrer* o caminho do legislador histórico − porque esse procedimento retrospectivo, via de regra, também se mostra

fecundo para a compreensão dos modelos jurídicos[66].

Afinal de contas, parece intuitivo que o conhecimento das circunstâncias ou das *causas* motivadoras das opções do legislador − o horizonte de produção do texto − possa fornecer ao seu intérprete atual alguma indicação sobre o sentido e o alcance, enfim, sobre os propósitos dos comandos legislativos, pelo menos se admitirmos, com o clássico Giambattista Vico, que "a natureza das coisas é o seu nascimento", que a constituição ou a essência de qualquer realidade encontram-se e revelam-se, sobretudo, no processo de sua formação[67].

Se for verdade, ademais, que um texto nada diz a quem não entenda já alguma coisa daquilo de que ele trata; se também for verdade que ele só responde a quem o interroga corretamente[68], então parece lícito considerar-se que uma pergunta benfeita já representa mais de meio caminho para se chegar à resposta procurada. Refazer a *pergunta* sobre os *problemas sociais* que ensejaram determinada *resposta normativa* representa, portanto, um recurso hermenêutico a mais, que não se deve descartar, sobretudo quando precisarmos descobrir o sentido de textos que reputamos enigmáticos[69].

Não se trata, advirta-se, de proceder a um trabalho de *arqueologia* jurídica, que se mostraria infecundo se tivesse em vista apenas refazer, acriticamente e sem compreensão histórica, o processo de elaboração dos enunciados normativos; trata-se, ao contrário, de *inverter* o processo criativo no processo interpretativo, uma inversão pela qual, no *itinerário* hermenêutico, o intérprete deve percorrer de novo, em sentido retrospectivo, o caminho genético e tentar refazer ou operar em si o pensamento do criador da norma[70].

Essencialmente, esse é o *modus operandi* da compreensão como ato gnosiológico próprio das ciências do espírito − inclusive da Jurisprudência –, compreensão via da qual procuramos desvelar ou desentranhar o significado das obras e das condutas humanas, a partir dos seus signos sensíveis, tentando nos colocar *idealmente no lugar do outro* para tentar descobrir, através daquilo que externamente e materialmente ele fez, qual o propósito que o motivou[71]. Ou, em palavras do sociólogo Perpiña Rodriguez, "pôr-se no lugar do outro, não para fazer ou dizer de fato o que ele realiza ou intenta, nem para pensar o que eu, sendo como sou, faria ou diria, e sim para conhecer idealmente o que o outro faz ou pretende.[72]"

Apesar disso, cumpre insistir na advertência de Hans-Georg Gadamer, a

nos dizer que o intérprete, para compreender o significado de um texto, embora deva olhar para o passado e atentar para a tradição, não pode ignorar-se a si mesmo, nem desprezar a concreta situação hermenêutica em que se encontra − o aqui e o agora −, pois o ato de *concretização* de qualquer norma jurídica ocorre no presente e não ao tempo em que ela entrou em vigor[73].

Uma coisa é *fundir* os horizontes de compreensão do texto; outra, bem diversa, é desconhecer que a aplicação de toda norma jurídica tem em mira resolver problemas *atuais*, segundo critérios de valor que vigoram no presente, e por decisão de quem − *hic et nunc* – dispõe de legitimidade para criar novos modelos jurídicos ou simplesmente preservar a validade dos que foram editados anteriormente.

Afinal de contas, como dizia Hobbes, o legislador não é aquele por cuja autoridade as leis foram editadas inicialmente, mas aquele por cuja autoridade elas continuam a ser leis[74], entendimento que, de resto, é também o de Chaïm Perelman, para quem "o fato de manter um antigo texto de lei não significa em absoluto que o legislador atual deseje que seja interpretado em conformidade com o espírito daquele que o adotou", porque "o mais das vezes o legislador atual consagra, com seu silêncio, a interpretação nova que a jurisprudência fornece, de tempos em tempos, de um texto antigo"[75]. Bem antes, Rousseau já expusera esse entendimento, ao dizer que a lei de ontem não obriga hoje, mas o consentimento tácito presume-se pelo silêncio, que o soberano confirma incessantemente as leis que, podendo ab-rogar, não ab-rogou; e que tudo o que uma vez declarou querer, ele quererá sempre, a menos que o revogue[76].

Nessa mesma linha de pensamento, Richard Palmer observa que, tanto ao transmitir um juízo como ao pregar um sermão, a interpretação deve incluir não só a explicação do que o texto representava no seu próprio mundo, na circunstância em que se produziu, como também aquilo que significa no momento atual, porque "em todo o ato de compreensão se dá uma aplicação ao presente[77]".

Se for verdade − como diz Larenz − que as palavras da lei devem revelar o direito àqueles a quem se dirigem no presente, impõe-se concluir que, embora o legislador histórico as tenha usado a partir do contexto linguístico do tempo em que as editou, o seu sentido literal só poderá ser determinado segundo a compreensão linguística das pessoas a quem elas falam *agora* e

não daquelas a quem falaram no passado[78].

De fato, quando o juiz intenta adequar a lei às necessidades atuais − precisamente para preservar a sua *força normativa* −, o que ele tem em vista, obviamente, é resolver um problema ou desempenhar uma tarefa prática; por isso é que, olhos postos no presente, ele procurará reconhecer o significado *jurídico* da lei, que só pode ser o seu significado atual, e não o significado *histórico*, aquele que lhe foi atribuído ao tempo da promulgação[79]. Afinal, como observa Cossio, toda valoração jurídica, enquanto fato, é necessariamente um fato do presente, porque um sentido só pode existir no presente[80].

Tudo isso evidencia, mais uma vez, o significado *exemplar* da hermenêutica jurídica, em cujo âmbito − pela mediação vivificadora do intérprete − integram-se, historicamente, os dois horizontes significativos, o horizonte do texto e o horizonte do seu aplicador, que, ao interpretar para poder aplicar, não abandona o seu próprio mundo, antes o amplia para fundi-lo com o mundo do texto.

Porque expande o seu horizonte hermenêutico, o intérprete alarga também o seu campo visual, que se torna mais rico pela incorporação de novos instrumentos de análise. Superando os condicionamentos que lhe encurtavam a visão − sem que tivesse consciência dessa limitação –, aquele que descortina *novos horizontes* capacita-se a ver mais e melhor, tanto no plano físico quanto no plano espiritual.

No âmbito do direito, por outro lado, esse enriquecimento de perspectiva, porque aumenta a capacidade de análise e de persuasão do intérprete-aplicador, acentua-lhe, concomitantemente, o dever de prestar contas do seu trabalho interpretativo, o qual, para ser legítimo, há de ser racional, objetivo e controlável, pois nada se coaduna menos com a ideia de Estado de Direito do que a figura de um oráculo despótico ou iluminado pairando acima da lei e dos critérios usuais de interpretação.

Daí outra observação de Gadamer, no sentido de que só é possível uma hermenêutica jurídica onde a lei vincule, igualmente, todos os membros da comunidade jurídica, governantes e governados, legisladores e juízes, porque a interpretação correta das leis não é uma simples teoria da arte, uma espécie de técnica lógica da subsunção sob parágrafos, mas uma concreção prática da ideia do direito[81].

Nos regimes absolutistas, onde a vontade do príncipe onipotente está

acima da lei, já não é possível hermenêutica alguma, pois o senhor todo-poderoso, melhor do que ninguém, sempre poderá "esclarecer" as suas próprias palavras e dar-lhes o sentido "correto", ainda que esse sentido se evidencie em total desacordo com as regras usuais de interpretação, que, de resto, para ele não serão vinculantes[82]. Em síntese, nesses regimes de força, não existe hermenêutica porque não existe o que interpretar, já que tanto a vontade da lei quanto a do legislador são substituídas pela vontade do intérprete, que manipula o objeto do conhecimento como *senhor e possuidor* da interpretação.

Daí a necessidade, por todos encarecida, de que no curso do processo interpretativo se observem as chamadas *regras de interpretação*, para que se possa controlar a racionalidade do trabalho hermenêutico e, também, avaliar o seu resultado[83].

Visualizada em perspectiva mais ampla − não apenas lógica, mas também *deontológica* –, dir-se-ia que essa transparência do raciocínio atende, igualmente, ao imperativo ético e político de que, num autêntico Estado de Direito, as decisões dos agentes públicos, para se reputarem legítimas, devem convencer aqueles a quem tenham a pretensão de obrigar[84]. É que, diversamente do legislador − que apenas pretende *ordenar*[85] −, o juiz deseja também *convencer*, o que, de resto, além de emprestar consistência aos comandos jurisdicionais, adensa o direito à tutela judicial efetiva[86].

Por que a Constituição exige, sob pena de nulidade, que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário sejam públicos, e fundamentadas todas as decisões? Por que as leis processuais impõem ao juiz o dever de fundamentar a sentença, ainda que sucintamente? Pela simples razão de que, à míngua de justificação, todo ato decisório tem-se por ilegítimo, objetivamente inválido e incompatível com a ideia do Direito como instrumento de ordenação *justa* e *racional* da convivência humana.

Nessa linha é de todo oportuna a observação de Francesca Martí, a nos dizer que no atual estágio jurídico é a motivação que assegura racionalidade e, com isto, mais segurança às decisões[87].

Se não existe interpretação sem intérprete; se toda interpretação, embora seja um ato de conhecimento, traduz-se, afinal, em uma manifestação de vontade do aplicador do direito; se a distância entre a generalidade da norma e a particularidade do caso exige, necessariamente, o trabalho mediador do intérprete; se, no desempenho dessa tarefa, resta sempre uma

irredutível margem de livre apreciação pelos sujeitos da interpretação; se, mesmo quando aplicamos uma lei por subsunção, só o fazemos depois de escolhê-la por valoração; se, afinal, isso tudo for verdadeiro − e parece que o seja, ao menos em princípio −, então o ideal de racionalidade, de objetividade e, mesmo, de segurança jurídica aponta para o imperativo de se recuar ao máximo o momento subjetivo da decisão e reduzir ao mínimo aquele "resíduo incômodo" de voluntarismo e de livre convencimento, que se faz presente em toda tarefa hermenêutica. Afinal, em maior ou menor medida, alguma dose de arbítrio sempre está presente quando se interpretam e se aplicam normas a situações concretas[88].

Daí a importância de que se revestem, nos países de tradição democrática, o princípio do *devido processo legal* e as chamadas *garantias judiciais*, como instrumentos de racionalização/otimização do debate processual e, consequentemente, de legitimação dos seus resultados.

Em conclusão, neste ponto, a exigência de motivação, que se impõe ao intérprete-aplicador do Direito, é condição de legitimidade e de eficácia do seu labor hermenêutico, cujo resultado só se tornará coletivamente vinculante se obtiver o consenso social, que, no caso, funcionará, se não como prova, pelo menos como *sintoma de racionalidade*[89].

Essa é a razão de ser das advertências de Aulis Aarnio, a ressaltar que, "numa sociedade moderna, exige-se que as decisões não apenas sejam dotadas de autoridade, mas também que apresentem suas razões; que a responsabilidade do juiz converteu-se, cada vez mais, na responsabilidade de justificar suas decisões; que o fundamento para o uso do poder por parte do juiz reside na aceitabilidade das suas decisões e não na posição formal de mando que, eventualmente, ele possa ter; que a responsabilidade de oferecer justificação é, especificamente, uma responsabilidade de maximizar o controle público da decisão; que, afinal, é especificamente pela justificação que os autores de uma decisão − quer se trate de juízes ou administradores − constroem a credibilidade sobre a qual repousa a confiança que neles depositam os cidadãos"[90].

E a tal ponto chegaram essas exigências de motivação, de resto plenamente compreensíveis no contexto de aprimoramento do Estado de Direito, que já não basta apresentar razões *normativas* − reputadas necessárias, mas *não suficientes* − para justificar as decisões jurídicas ou quaisquer outras de repercussão social. Torna-se necessário *justificar a*

própria justificação, oferecer uma justificação última e *profunda*, que se baseie em outras razões − tais como *justiça*, *razoabilidade*, *oportunidade* e *correção* –, razões que não derivam diretamente das normas ou dos princípios do ordenamento jurídico, mas que nem por isso deixam de ser objetivas e compreensíveis por quantos possam ser afetados, direta ou indiretamente, pelas decisões dos aplicadores do direito[91].

Noutros termos, para que os atos decisórios se reputem válidos, dotados de consistência e legitimidade, dir-se-ia que é da natureza desse procedimento que aquilo que de início é apenas subjetivo possa tornar-se objetivo, o *intersubjetivo transcendental* husserliano, via do qual, a partir do *mesmo ponto de vista*, o que no começo se apresente como verdade só para mim venha a se mostrar verdadeiro para todos.

> Em suma − como anota Vilanova − o objeto e suas características, que eu enuncio, devem valer não somente para mim, aqui e agora, mas também para qualquer sujeito que se ponha nas minhas condições. O sujeito que realiza um ato de conhecimento transcende o seu mero existir contingente, fático e presente, e se coloca no ponto de vista denominado *transcendental*. Daí que a objetividade se defina como a *intersubjetividade transcendental*, já que ela tem validez não só para mim como sujeito cognoscente, mas também para todos os demais sujeitos que se coloquem ou possam colocar-se na posição do sujeito transcendental. Esta intersubjetividade transcendental caracteriza ou constitui a objetividade[92].

Destarte, graças a esse processo de convencimento racional, aquilo que, a princípio, era apenas um ponto de vista subjetivo, uma opinião pessoal de determinado intérprete/aplicador, passa a ser também o entendimento objetivo (= intersubjetivo), se não unânime, pelo menos da maioria do grupo social, que o avaliza ou lhe dá consentimento na exata medida do seu poder de persuasão.

Porque foi produzida segundo o "devido processo legal" em sentido amplo (*substantive due process*/*procedural due process*; justificação externa/justificação interna), a decisão judicial, que assim se obteve, estará revestida de legitimidade e eficácia, tornando-se insuscetível de desfazimento.

Em linguagem jurídico-processual, dir-se-á que o resultado a que se

chegou através desse discurso − porque se trata de um discurso *racional* − não admite *ação rescisória*; e a sentença assim prolatada, porque se formalizou em conformidade com o *devido processo legal*, poderá converter-se em acórdão (= acordam), transitar em julgado e, pragmaticamente, aceitar-se *como* verdade real (*res judicata pro veritate habetur*), embora seja apenas uma verdade discursiva ou, se preferirmos, uma verdade simplesmente hermenêutica[93].

Assentados esses pressupostos que, embora sejam comuns às atividades hermenêuticas nas ciências do espírito, em geral, foram apreciados com suporte no trabalho interpretativo que se desenvolve no âmbito da Jurisprudência, urge agora aplicá-los concreta e especificamente à interpretação-aplicação dos modelos jurídicos.

Para tanto, em homenagem à clareza e precisão dos seus ensinamentos, tomaremos como referência as lições de Karl Larenz e Antonio Enrique Pérez Luño; o primeiro, na perspectiva da epistemologia jurídica e da metodologia da ciência do direito, o segundo, do ponto de vista da teoria política e do direito constitucional.

Com a combinação dessas duas vertentes de análise ampliar-se-á, sobremaneira, o horizonte de compreensão do problema hermenêutico, na medida em que, às considerações abstratas e gerais, desenvolvidas no âmbito da epistemologia jurídica[94], vem juntar-se a concretitude da abordagem levada a cabo à luz de experiências jurídicas historicamente acumuladas[95].

Preliminarmente, é de se destacar o caráter *linguístico* de qualquer interpretação, a exigir que os interlocutores falem a mesma linguagem, como condição de possibilidade de sua mútua compreensão, até porque − adverte Gadamer − "quem fala uma linguagem que mais ninguém fala, em realidade não fala" e "uma palavra que não chega ao outro está morta"[96].

Disso decorre, a rigor, e imediatamente, a perda de sentido da velha disputa entre aqueles que atribuem à tarefa interpretativa a finalidade de descobrir, por trás das normas jurídicas, uma suposta *vontade* do legislador, e os que, também voluntaristas, impõem ao intérprete o dever de se curvar às palavras ou à *vontade* da lei, como condição de legitimidade de todo labor hermenêutico.

Nem uma coisa, nem outra, pois onde aquela vontade − seja a da lei, seja a do legislador, ou mesmo a dos indivíduos quando celebram negócios

jurídicos – não se exteriorizou em determinada linguagem normativa, de uso comunitariamente inteligível, não há falar sequer em atividade hermenêutica. Afinal de contas − anota Betti −, o objeto da interpretação não é a *vontade* como tal, mas a forma em que está explicitada: o *feito* ou o *falado*[97], entendimento que, por exemplo, foi incorporado em nosso Código Civil, em cujo art. 112 se lê que, nas declarações de vontade, atender-se-á mais à intenção *nelas consubstanciada* do que ao sentido literal da linguagem.

A propósito, também, relembremos que na discussão sobre a natureza das normas jurídicas, mesmo aqueles que as consideram como imperativos ou mandados têm o cuidado de ressalvar que essas "ordens" não configuram fenômenos psíquicos, não são manifestações de vontade em sentido próprio, mas apenas imperativos *despsicologizados*, o que não deixa de ser uma expressão original[98].

No campo da interpretação constitucional, por exemplo, onde as normas positivadas sequer traduzem decisões inequívocas do legislador, nem muito menos uma suposta ou imaginária *vontade* da própria Constituição − limitando-se, no mais das vezes, a enunciar princípios ou a indicar objetivos a serem comunitariamente alcançados e/ou renovados ao longo do tempo –, nesse domínio parece disparatado conceber-se o intérprete como um psicanalista que, no divã do seu consultório, procure descobrir o cliente *verdadeiro*, que se esconde atrás do paciente de carne e osso.

Ao contrário, é precisamente nesse âmbito da hermenêutica jurídica onde se manifesta em grau mais elevado a *criatividade* dos intérpretes aplicadores do direito, pelas razões que apreciaremos mais adiante.

A seguir, relembremos o caráter *necessário* da atividade interpretativa, a desacreditar, também, o velho brocardo *interpretatio cessat in claris*, um *topos* que, ingenuamente utilizado, além de conduzir a um círculo vicioso, pressupõe a existência de leis cuja redação, se bem cuidada, impediria dúvidas, obscuridades ou contradições, tornando *dispensável* o labor interpretativo[99].

Refutando esse modo de ver as coisas, e após ressaltar a natureza necessariamente *problemática* de toda interpretação − porque em seu âmbito o intérprete deve considerar os diferentes significados possíveis de um termo, ou de uma sequência de palavras, para escolher, afinal, aquele que lhe pareça o *correto* −, rejeitando esse entendimento, Karl Larenz

adverte que seria um erro aceitar-se que os textos jurídicos só careciam de interpretação quando se mostrassem particularmente *obscuros, pouco claros* ou *contraditórios*.

Diversamente − arremata o mestre da metodologia da ciência do direito, em princípio, *todos* os textos jurídicos são suscetíveis e carecem de interpretação, sendo esta necessidade de interpretação não um *defeito*, que se possa evitar mediante uma redação tão precisa quanto possível, mas um *dado de realidade*, que continuará a subsistir enquanto as leis, sentenças, resoluções e mesmo os contratos não forem redigidos exclusivamente em linguagem codificada ou simbolizada[100]. Por isso mesmo é de se atentar para a advertência de Montesquieu, a nos dizer que o texto das leis deve ser conciso e simples; que a sua expressão há de ser direta ao invés de meditada; e que os estilos empolados não passam de obras de ostentação. Daí a sua confessada admiração pelas palavras da *Lei das Doze Tábuas*, para ele tão precisas que as crianças as aprendiam de cor[101]. Entre nós, Victor Nunes Leal comparava a elaboração das leis ao acondicionamento de explosivos, em que todo o cuidado é pouco e qualquer descuido pode ser fatal[102].

Sirva-nos de consolo, no particular, a observação de Alchourrón e Bulygin de que "somente nas linguagens puramente formais − como as da lógica e da matemática puras − não se suscitam problemas de vaguidade, mas isso não porque seus conceitos sejam mais exatos do que os das outras ciências, e sim porque não são empíricos", observação enriquecida pela citação, logo a seguir, deste precioso ensinamento de Einstein: "na medida em que se referem à realidade, os conceitos são vagos; na medida em que não são vagos, não se referem à realidade"[103].

De outra parte, há de considerar-se que nenhuma interpretação ocorre no vazio. Ao contrário, trata-se de uma atividade *contextualizada*, que se leva a cabo em condições sociais e históricas determinadas, produtoras de usos linguísticos dos quais deve partir qualquer atribuição de significado, em todos os domínios da hermenêutica jurídica. E isso, como já acentuado, para não falarmos nos condicionamentos socioculturais, nos preconceitos ou na ideologia dos intérpretes e aplicadores do direito − dados de realidade, insista-se − cujos efeitos são reputados *perversos* no âmbito da sociologia do conhecimento, mas valorados, *positivamente*, nos domínios da hermenêutica filosófica, como elementos constitutivos da pré-

compreensão.

Daí, ainda a propósito desses usos e contextos linguísticos, as percucientes observações de Larenz, a nos alertar que a interpretação de qualquer enunciado normativo há de iniciar-se pelo seu sentido *literal* − assim entendido o significado de um texto ou de uma cadeia de palavras no uso linguístico *geral* –, e que onde for possível constatar usos linguísticos especiais, valerá o significado emergente dessa linguagem técnica porque a sua adoção, no texto de determinada lei, terá sido intencional e decorrente da necessidade de atingir objetivos que, ao ver do legislador, poderiam não ser alcançados se ele utilizasse a chamada linguagem *vulgar* [104].

Ainda assim, como o direito é uma coisa que interessa a todos e, por isso, não pode renunciar a um mínimo de compreensibilidade geral, mesmo essa linguagem *técnica*, para se tornar acessível, deve apoiar-se na linguagem comum – uma espécie de *esperanto jurídico* –, a fim de que os destinatários das leis, entendendo as suas ordens, possam guiar-se por elas e delas receber instrução. Isso tudo, evidentemente, sem perdermos de vista que mesmo a linguagem ordinária, como metalinguagem em relação à específica linguagem jurídica, também ela padece de limitações – pelo que não resolve, de todo, as questões aqui levantadas –, seja porque não constitui um sistema completo, fechado e invariável, antes é uma práxis social em permanente reconstrução, pela dialética interação entre *langue* e *parole*, seja porque não ocupa posição hierarquicamente superior à daquela linguagem particular, a ponto de se lhe impor como fórmula de *controle* nas situações problemáticas, como observa Castanheira Neves[105].

Ainda assim, nas hipóteses em que, evidentemente, a lei se tenha desviado do seu uso linguístico especial, deve-se apelar para a linguagem ordinária que, então, funcionará como instância de *tradução*, balizando os limites dentro dos quais há de se encontrar o sentido procurado, até mesmo como condição de legitimidade do preceito que se pretenda aplicar, porque parece intuitivo que uma norma ininteligível, veiculada em linguagem singularmente esotérica, não possa impor obrigações a ninguém[106]. No particular, isso significa, também, que ao aplicador do direito – por mais ampla que seja a sua necessária liberdade de interpretação – não é dado, subjetivamente, criar ou atribuir significados arbitrários aos enunciados normativos, nem tampouco ir além do seu sentido linguisticamente possível, um sentido que, de resto, é conhecido e/ou fixado pela

comunidade e para ela funciona como *limite da interpretação*[107]. Noutros termos, mesmo as valorações "pessoais" do aplicador do direito devem ter alguma penetração na comunidade a que são endereçadas e perante a qual ele deve justificar os seus critérios de valoração[108].

No âmbito da cultura e, por via de consequência, também nos domínios da jurisprudência, apesar das críticas que recebeu pela rigidez das suas posições, impõe-se creditar a Emilio Betti o mérito de ter desenvolvido possivelmente as mais profundas reflexões sobre a hermenêutica como metodologia geral das ciências do espírito, assim como o reconhecimento de haver lutado para que a atividade hermenêutica não descambasse num relativismo estéril e banalizador.

Fruto dessas suas reflexões de base, foi a formulação dos *cânones* hermenêuticos fundamentais com relação ao *sujeito* e ao *objeto* da interpretação, dos quais destacamos, pela sua pertinência, no particular, o cânone da *autonomia* hermenêutica do objeto ou da *imanência* do critério hermenêutico.

Segundo o autor da monumental *Teoria Generale della Interpretazione*, para que não se comprometa a objetividade da interpretação, quaisquer formas *significativas* – obviamente também as formas *jurídicas* –, enquanto *objetivações* da mente de um Outro, têm de ser compreendidas em relação a essa mente, que nelas foi objetivada, e não com referência a qualquer sentido que a própria forma possa adquirir, uma vez abstraída da função representativa que tinha para aquela outra mente ou aquele pensamento.

Em suma, para esse importante jurista e filósofo − porque *sensus non est inferendus sed efferendus* – o sentido procurado há de ser *extraído* ou *provir* das formas significativas, e não *introduzido* nessas objetivações do espírito humano de modo arbitrário e, até certo ponto, sub-reptício ou fraudulento[109].

Nessa perspectiva, em que o respeito à *autonomia do texto* é indispensável à objetividade e à controlabilidade da interpretação – assim como, nos domínios da teoria do conhecimento, a *transcendência* do objeto é condição de possibilidade do próprio evento cognitivo como apreensão de algo que está *fora* do sujeito –, nessa perspectiva dir-se-ia, citando Meier-Hayoz, que a letra da lei possui dupla finalidade, funcionando, de um lado, como *ponto de partida* para a elucidação do sentido pelo intérprete e, de outro, como *limite* à atividade hermenêutica enquanto tal[110].

Ultrapassados esses limites – que servem de fronteira entre a interpretação em sentido estrito e a criação judicial do direito – a atividade hermenêutica como que se contaminaria de subjetividade e de voluntarismo, expondo o intérprete ao risco de produzir decisões ilegítimas e, por isso, fadadas a se tornar socialmente ineficazes, um risco que, para alguns intérpretes mais ousados poderia ser compensado pela inesperada aceitação das suas *novidades* hermenêuticas.

Em linguagem kelseniana, dir-se-ia que, embora a atividade interpretativa não seja apenas um ato de conhecimento, mas também de *vontade*, não é dado ao intérprete-aplicador desconsiderar o *marco normativo* imposto pela norma de nível superior, da qual deve extrair, *por derivação*, a decisão para o caso concreto.

Trata-se de uma advertência que permanece válida ainda quando se reconheça que, ao limite, a própria definição desse marco normativo acaba sendo um *construído hermenêutico* do aplicador do direito, como nos objetou, com total pertinência, Odim Brandão Ferreira. É que, no Estado de Direito, para ser socialmente vinculante, sobretudo essas *construções* devem observar normas e critérios controláveis pela comunidade.

Daí se afirmar que uma opção apenas *razoável* ou simplesmente *plausível*, uma decisão que não se considere a *melhor*, embora seja passível de críticas segundo padrões de correção absoluta – à Dworkin, por exemplo[111]–, mesmo assim não estará sujeita a desfazimento se tiver sido adotada no marco das derivações *possíveis* e à luz dos critérios *usuais* de interpretação.

É que – ainda relembrando Kelsen –, assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as *únicas* leis retas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as *únicas* sentenças corretas[112].

Esse, para nós, é o fundamento hermenêutico da Súmula 400 do STF, segundo a qual, sob o regime constitucional anterior a 1988, não se admitia recurso extraordinário contra decisão que desse *razoável* interpretação à lei, ainda que não fosse a *melhor*, o mesmo valendo para a Súmula 343, do mesmo tribunal, ao estabelecer que não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, se a decisão rescindenda estiver baseada em texto legal de interpretação *controvertida* nos tribunais, uma interdição que subsistirá mesmo que, posteriormente, a jurisprudência da corte venha a se *fixar* em sentido contrário[113].

Apesar dessa orientação, e sem prejuízo de se reconhecer aos julgadores a prerrogativa ou, até mesmo, a *obrigação* de mudar de entendimento quando, a seu ver, *melhores razões* apontem para outra interpretação – afinal de contas, insista-se, a ideia de uma interpretação definitiva parece ser uma contradição em si mesma, pois a interpretação é algo que está sempre a caminho, que nunca se conclui[114] –, mesmo assim ninguém imagina dispensar os operadores jurídicos da exigência de *explicitar* os motivos por que mudaram de opinião, nem tampouco da obrigação de demonstrar que os seus argumentos *sustentam* a nova interpretação, tanto à vista do caso que se está a decidir, quanto de casos novos, da mesma espécie, que porventura venham a surgir no futuro[115].

Por isso é que o abandono dos precedentes exige não apenas a explicação ordinária das razões de fato e de direito que fundamentem essa decisão, mas também uma *justificação adicional* dos motivos que levaram o intérprete a se afastar do critério anterior. É que todo aquele que resolve desprezar um precedente, assume o ônus da argumentação, pois não parece sensato abandonar-se, sem melhores razões em contrário, um entendimento até então prevalecente e que, de resto, tem a seu favor a presunção de que foi construído racionalmente[116].

Noutros termos, não se deve descartar o "velho" apenas porque é velho, pois qualquer posição "nova" segue necessitando da "antiga", já que não pode se explicitar enquanto não souber a que nem por que se opõe. Entre a tradição e a razão não existe nenhuma oposição incondicional, e a conservação representa uma conduta tão livre e racional quanto a destruição e a inovação. Mesmo os preconceitos "bem-intencionados" – como o preconceito do *Aufklärung* contra todos os preconceitos – sendo preconceitos, podem ser "preconceituosos" e, assim, hermeneuticamente nocivos. Ademais, *também a tradição está em constante mudança*[117].

Essa é a razão por que, mesmo quando bem fundamentadas, as viragens de jurisprudência não invalidam nem questionam as interpretações adotadas no passado; apenas sinalizam que, *doravante* – tendo em vista alterações ocorridas na chamada *situação normativa* – "a norma passa a vigorar *no* significado ou *na* modificação que a nova jurisprudência lhe deu"[118].

Por outro lado, como as transformações sociais, de que decorrem as mudanças de jurisprudência, não se verificam da noite para o dia, muito embora, em certas épocas, possam adquirir maior velocidade, parece lícito

concluirmos que, em razão do modo como se movimenta a realidade social, a escolha do caso ou do momento em que se deva atribuir novo significado a determinado texto de lei encerra, a rigor, uma decisão *discricionária* dos aplicadores do direito.

Nessa perspectiva, pode-se dizer que os chamados *leading cases* são instantes de viragem hermenêutica que, em certa medida, poderiam ser antecipados ou diferidos, como atesta, aliás, a experiência do chamado *apelo ao legislador* (*Appellentscheidung*), uma prática de que se utiliza a Corte Constitucional alemã quando se defronta com situações que, embora *ainda* sejam constitucionais, podem vir a se tornar de todo inconstitucionais, se não forem adotadas as medidas legislativas que, pelo menos aos olhos do tribunal, se mostrem necessárias para a conjuração desse *estado de patologia* constitucional. Em palavras de Häberle, nessas decisões o tribunal estabelece uma "reserva de melhoria": o legislador deve "reconsiderar e, se possível, melhorar" a lei "não obstante constitucional"[119].

Finalmente, como derradeira *condição* do trabalho hermenêutico, cumpre assinalar o caráter *unitário* do processo em que esse trabalho se desenvolve, do que resulta considerarem-se as suas distintas fases como momentos necessários de uma *unidade de compreensão*, a exigir que todos os instrumentos hermenêuticos sejam integrados na tarefa de atribuir sentido às normas sob interpretação, independentemente da sua natureza e posição hierárquica no âmbito do sistema jurídico.

Por isso, embora essa observação tenha sido feita em sede de interpretação constitucional, pode-se dizer, citando Canotilho, que atualmente a interpretação de toda norma jurídica é um *conjunto de métodos e de princípios*, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas – filosóficas, metodológicas, epistemológicas – diferentes, mas, em geral, reciprocamente, complementares[120].

Trata-se de uma realidade que, de resto, pode ser comprovada à luz do próprio direito positivo. Tal é o caso do Código Civil espanhol, cujo art. 4.1 determina que as normas se interpretem segundo o sentido próprio das suas *palavras*, em relação com o *contexto*, os *antecedentes históricos e legislativos*, e a *realidade social do tempo em que devam ser aplicadas*, atendendo-se, fundamentalmente, ao seu *espírito e finalidade*, regra

hermenêutica que se completa com a previsão, no mesmo artigo, de que na aplicação dessas normas também se use a *equidade*, embora com a restrição de que decisões fundadas exclusivamente nesse critério dependem de expressa autorização legal[121].

Pois bem, analisando esses preceitos legais no contexto do que chamou de racionalidade na produção e na aplicação do direito, Manuel Atienza observa que aí se contemplam cinco tipos ou momentos da interpretação, correspondentes, respectivamente, a cinco níveis de racionalidade que, a seu ver, balizam, igualmente, o trabalho do legislador – interpretação *textual* ou *linguística*; *sistemática*; *pragmática*; *teleológica*; e *ética* ou *valorativa* – formas ou técnicas de interpretação tão intimamente ligadas que cada uma pressupõe a anterior e, ao mesmo tempo, a ela se subordina, segundo determinado padrão de racionalidade. Em síntese, interdependência e complementaridade, sob a mesma e necessária racionalidade, não apenas entre os diferentes métodos, momentos ou espécies de interpretação, mas também entre legislação e jurisdição, entre produção e aplicação do direito[122].

Sobre essa interdependência entre produção e interpretação de normas e com vistas a racionalizar a sua aplicação, de resto indispensável à plena realização do direito, merece análise a Lei Complementar n. 95, de 26/2/98 – alterada pela Lei Complementar n. 107, de 26/4/01 – que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, em cumprimento ao parágrafo único do artigo 59 da Constituição.

Pois bem, o que evidenciam os dispositivos desse diploma legal, especialmente os seus artigos 10, 11 e 12, é que muito embora veiculem regras técnicas a serem observadas na feitura dos atos legislativos – *elaboração*, *redação* e *alteração* – em verdade o que traduzem são exigências cujo prévio atendimento facilitará a futura compreensão, interpretação e aplicação dos comandos legais, dispensando os seus operadores das falácias do tipo *legislador racional*, um *topos* argumentativo de que se valem todos eles para construir falsas premissas e, a partir delas, extrair conclusões que precisam ser verdadeiras...

Sustentando, igualmente, a íntima correlação entre as *regras tradicionais de interpretação*, Friedrich Müller diz que as mesmas não podem ser individualizadas como *métodos* independentes entre si porque, desde o início do processo de concretização, elas se manifestam não apenas

complementando-se e apoiando-se reciprocamente, mas também entrelaçadas, materialmente, umas com as outras[123].

Apesar de importantes, essas observações não primam pela originalidade, porque há mais de século e meio o velho Savigny já advertia que os *elementos* gramatical, lógico, histórico e sistemático não constituem quatro classes de interpretação, entre as quais se possa optar segundo o gosto ou o capricho, mas apenas quatro *operações*, distintas embora, cuja *integração* é indispensável para o êxito da interpretação[124].

Como, por outro lado, não existe uma relação hierárquica fixa entre os diversos critérios de interpretação[125], essa pluralidade de métodos, como acentua Martin Kriele[126], converte-se em "veículo da liberdade do juiz", o qual – em razão disso e até certo ponto – acaba por escolher os meios em função dos fins que, estimando *corretos* e *justos*, pretenda alcançar em cada caso.

Tratando-se, porém, de uma liberdade objetivamente *vinculada* à correção e à justiça da decisão – atributos de resto passíveis de avaliação e de controle externos –, não pode o intérprete contraditoriamente *partir* de resultados *preconcebidos* e, para legitimá-los, *afeiçoar* a norma aos seus preconceitos com uma pseudoargumentação, pois, se assim agir, essa *inversão* do itinerário do raciocínio acabará desqualificando o seu trabalho e comprometendo a *avaliação dos resultados* como critério de controle da interpretação.

Afinal de contas, uma coisa é a pré-compreensão do aplicador do direito ou a sua intuição do justo, que lhe insinuam a decisão final, legitimando, assim, a tese de Radbruch de que "a interpretação é o resultado do seu resultado"[127]; e outra, bem diversa, é a deliberada distorção de fatos e perspectivas, com o propósito de atingir objetivos que, sem esse desvio funcional, dificilmente seriam alcançados[128].

À vista dessa interdependência metodológica e da consequente ausência de hierarquia entre os diversos procedimentos interpretativos – os quais se entrelaçam sob a ideia de que a decisão do caso concreto, para se reputar *jurídica*, há de ser *correta* e *justa* –, diante dessa nova realidade, perdeu sentido a velha disputa entre os chamados "métodos" de interpretação do direito, os quais devem ser utilizados em conjunto e complementarmente, em ordem a refletir a extrema complexidade do trabalho hermenêutico como atividade em que se fundem, necessariamente, a *compreensão*, a

interpretação e a *aplicação* dos modelos jurídicos.

4. Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica; o nascimento do paradigma hermenêutico; a hermenêutica como arte geral do compreender e da superação de mal-entendidos

O ponto de partida destas considerações é a nossa convicção de que a hermenêutica jurídica, conquanto seja dotada de algumas particularidades e se revista da maior importância, sobretudo por sua função *normativa*[129], não pode constituir-se num saber autônomo ou sem pressupostos[130], porque não preenche aqueles requisitos que, tradicionalmente, são reputados indispensáveis à delimitação de campos específicos de conhecimentos.

É que o seu objeto *material* – os enunciados jurídico-normativos – integra, no quadro das chamadas *ontologias regionais*, o bloco dos *objetos culturais*, isto é, o universo daquelas formas ou realidades *significativas*, que o homem cria atuando valorativamente[131], do que decorre não possuir, igualmente, essa hermenêutica setorial, um *método* específico, tendo que trilhar o caminho da *compreensão*, como ato gnosiológico adequado e comum a todas as ciências do espírito. Resta-lhe, então, pelo menos a nosso ver, como algo distinto, e ainda assim apenas relativamente distinto, o chamado objeto *formal*, ou seja, o ângulo ou o ponto de vista sob o qual ela encara o seu objeto material – a *coisa* direito –, uma perspectiva de resto semelhante à de outros saberes culturais, como é o caso da Ética, quando esta se debruça sobre as regras de direito para indagar da moralidade dessas prescrições.

Em razão dessa primitiva forma de organização social, sob normas ao mesmo tempo religiosas, morais e jurídicas, amalgamadas e indiferenciadas na mole dos costumes – o que significa dizer que, no começo, *Direito*, *Moral* e *Religião* tinham objetos materiais muito semelhantes, para não dizer quase idênticos –, pode-se afirmar que essas três grandes éticas não precisaram desenvolver linguagens substancialmente distintas para veicular os seus comandos e, por via de consequência, tampouco formular hermenêuticas específicas para compreendê-los e explicá-los.

A comprovar essa assertiva, tal como outros mestres da sociologia e da antropologia, De Page observa que, nos primeiros tempos, o Direito era totalmente desprovido de informação técnica; que não constituía sequer um conhecimento diferenciado; que se confundia com a moral e a religião; e que, afinal, não passava de um amontoado de preceitos amorfos e inconsistentes, de inspirações múltiplas, mas que, ainda assim, funcionava como regra de vida e de ação[132].

Em suma, sendo todos esses preceitos – religiosos, morais e jurídicos – *portadores* de regras de conduta ou de diretrizes para o agir coletivo, em razão mesmo dessa finalidade diretiva comum, comportam uma só *leitura* adequada ao seu objeto, uma interpretação *em função normativa*, uma hermenêutica, enfim, que enquanto tal insere-se na ampla questão da linguagem – *o tema do nosso tempo*[133] –, com todos os desdobramentos e/ou consequências dessa linguisticidade, entre os quais se registra, por exemplo, a radical identificação do direito com a linguagem jurídica ou da juridicidade com os textos que a manifestam, como sustentam alguns juristas-filósofos de larga envergadura[134].

Noutras palavras, o que se impõe, mesmo, é termos presente que a hermenêutica *jurídica*, que nasceu como atividade conexa ou assemelhada às incipientes hermenêuticas bíblica e filológica, não vai além – assim como estas suas irmãs de berço –, de um *particular* no universal da compreensão, conforme intuíram os clássicos Friedrich Schlegel, Schleiermacher, Humboldt, Boeckh e Droysen viriam a se constituir em ponto de partida para a construção da *arte do compreender*, a emancipação epistemológica das ciências humanas e, afinal, a consolidação da hermenêutica do século XX[135]. Daí a identificação desses estudos com o próprio nascimento do paradigma hermenêutico, porque em todos eles e nalguma medida – mais nas obras do teólogo e pregador Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher do que nas dos outros pioneiros –, já se continha *in nuce* a concepção da hermenêutica como *teoria geral da compreensão*[136].

Destarte, o que se impõe, mesmo, é "submeter" a hermenêutica jurídica à jurisdição da hermenêutica filosófica, sem prejuízo do caráter *decisório* da interpretação do direito, como acentuou o arguto Paul Ricoeur, para quem é no seu modo impositivo ou *pragmático-autoritário* de pôr termo aos conflitos exegéticos que reside a *diferença específica* da hermenêutica jurídica, bem distinta, portanto, da maneira aberta como se travam as

intermináveis disputas estéticas ou filosóficas[137].

Em suma, reconhecer a singularidade da hermenêutica jurídica, vendo nela mais do que um entender qualquer, antes um *intendere per agire o, comunque, per decidere*, como, obsessivamente, afirmava Emilio Betti em suas brigas com Hans-Georg Gadamer[138], sem que esse reconhecimento nos leve a conceder-lhe tratamento substancialmente distinto daquele dispensado à hermenêutica bíblica e à hermenêutica filológica, as quais, por isso mesmo, continuam a fornecer preciosos subsídios aos intérpretes do direito para os seus estudos comparativos.

Em conclusão, entendida em perspectiva *filosófica* como aquela atividade que tem lugar e começo onde e quando a compreensão direta dos *modelos do direito*[139] já não está ao alcance da mão[140], a hermenêutica jurídica ganha em substância o que parece perder em autonomia, porque estofada filosoficamente, ela permite que os juristas empreendam voos mais altos e mergulhos mais profundos, substituindo os medíocres e pesados comentários de textos por construções intelectuais mais elaboradas, tarefas que eles só conseguirão levar a termo se estiverem convencidos de que *a interpretação é o trabalho do pensamento que consiste em decifrar o sentido oculto no sentido aparente, em desdobrar os níveis de significação implicados na significação literal*[141].

5. O direito como linguagem/texto

Qualquer consulta aos textos de história das ideias e das instituições jurídicas evidenciará que, ao longo do tempo, incontáveis têm sido as concepções sobre o que chamamos *direito*, a chamada *experiência jurídica*, que outra coisa não é senão aquilo que, no processar-se da *Humanitas* na História, o *homo sapiens* vivenciou como *direito*, aí compreendidos tanto os pensadores que consideram o fenômeno jurídico um fato social como outro qualquer, a despeito da sua indispensabilidade para a ordenação da vida em comum (sociologistas), quanto os que identificam a juridicidade com as normas editadas ou reconhecidas pelo Estado, pouco importando o seu conteúdo (normativistas), e os que, afinal, só reputam verdadeiramente jurídicos e merecedores de acatamento aqueles preceitos que, embora estabelecidos pelos indivíduos, sejam conformes com uma normatividade

transcendental, com uma ordem superior de valores (jusnaturalistas)[142]. Esse enfoque, que aglutina em apenas três as múltiplas correntes do pensamento jurídico, traduz – como não poderia deixar de ser – tão somente uma preferência entre os distintos critérios de agrupamento das múltiplas narrativas filosófico-jurídicas, todas igualmente válidas, o que não é de nos causar espécie se tivermos presente a advertência de Gadamer, a nos dizer que os pré-juízos de um indivíduo são, muito mais do que os seus juízos, a realidade histórica do seu ser e que, por isso, nenhum olhar sobre o mundo ou sobre nós mesmos está imune à deformadora lente da subjetividade[143]. Assim, também no plano bibliográfico, toda seleção de obras, de uma forma ou de outra, acaba refletindo as idiossincrasias de quem escala o seu *time* de autores importantes, como reconheceu Roberto Lyra Filho ao organizar a sua lista dos *craques* da filosofia do direito contemporânea[144].

Feita essa defesa prévia, passemos ao tema objeto deste tópico da nossa exposição – *o direito como linguagem/texto* –, trabalhando com aqueles autores, dentre os nossos conhecidos, que merecem figurar entre os mais significativos nessa abordagem particular do fenômeno jurídico.

Inicialmente, uma observação de caráter geral faz-se necessária, qual seja, a de que esse modo de ver o direito como *linguagem/texto* insere-se numa perspectiva bem mais ampla, a do chamado *giro hermenêutico,* que se verificou no pensamento filosófico *qua tale*, dando lugar ao surgimento da *filosofia hermenêutica/hermenêutica filosófica*, em cujo âmbito o problema da fundamentação última como que se deslocou da questão do ser para a do conhecer, da ontologia para a gnosiologia, da razão pura para a simplesmente hermenêutica, até porque não se tem acesso ao mundo sem mediação da linguagem e a razão da própria ciência só começa onde observações são articuladas linguisticamente[145]. Daí estas instigantes "chamadas" de Castanheira Neves, para quem não se pode prescindir ou abstrair-se da linguagem, na pretensão de um qualquer "antes" ou de um "para além" dela que não considerasse a sua irredutível mediação:

a) Como conceber a realidade independentemente da linguagem (a realidade em si), se só com a linguagem pode ser dito algo sobre ela?

b) Como é possível a realidade *fora da linguagem*, se só *na* linguagem ela pode ser dita, mesmo como *realidade?*

c) A realidade é muda se não for o referente de um discurso e, se o for, parece condenada a refleti-lo[146].

Nesse contexto, inúmeros têm sido os juristas-filósofos a chamar a atenção para a necessidade de se pensar o direito também como *linguagem* ou, no mínimo, sob a compreensão de que ele está vinculado *existencialmente* à linguagem, porque é ela que lhe disponibiliza os elementos estruturais que possibilitam, mediante seus signos orais e escritos, transmitir as proposições e os conteúdos jurídicos indispensáveis à ordenação da vida social. Até mesmo as normas consuetudinárias – os costumes jurídicos – manifestam esta substancial dependência do direito em relação à linguagem, porque a *convicção da necessidade jurídica*, que é consubstancial à existência dessas espécies normativas, só adquire trânsito social quando é verbalizada sob a forma de um enunciado compreensível pelos membros de determinada comunidade, e vem a ser recepcionada/reconhecida *como regra de direito* por juízes e tribunais[147]. Antes disso, é puro fato desprovido de injuntividade.

Não por acaso, ao discorrer sobre a juridicidade dos costumes, Karl Larenz afirmou que na interpretação do direito costumeiro não se trata de interpretar um texto dado de antemão, mas, ao contrário, e em primeiro lugar, de formular linguisticamente a norma indicada pela conduta, e que essa formulação linguística tem como objetivo expressar – e, com isso, tornar comunicável –, aquilo que de sentido jurídico é tacitamente inerente ao comportamento social em causa[148]. Noutros termos, antes de formuladas linguisticamente e reconhecidas *como* direito pelos órgãos judicantes, as reiteradas práticas sociais não dispõem daquela coercibilidade própria dos comandos jurídicos, apesar de alguns mestres da sociologia jurídica não acharem que essa "certidão de batismo" do Judiciário" seja indispensável para o reconhecimento dos costumes jurídicos como autênticas fontes de direito[149].

Essa visão linguística do direito configura, a toda a evidência, um modo radicalmente diverso de encarar o fenômeno jurídico, uma autêntica mudança de paradigmas, na medida em que o ser do direito – antes visto como *fato*, valor e *norma*, separados ou conjuntamente –, vem ser substituído pela linguagem que o enuncia e anuncia, com abstração do conteúdo daquilo que é enunciado e anunciado. Direito é aquilo que é dito *como* sendo jurídico e consegue passar no teste da validação empírica – um novo dizer, que recria na medida em que confirma o dito anterior –, levado a cabo por intérpretes e aplicadores a tanto autorizados. Daí muitos juristas-

filósofos do maior quilate afirmarem que o direito em sua forma concreta de existir – tal como é "declarado" pelos tribunais –, surge sempre *num processo de realização*, num movimento de passagem do abstrato ao concreto e do geral ao particular, de transformação do direito legislado em direito interpretado/aplicado, porque nisso é que consiste a efetivação dos preceitos jurídicos[150]; e que, muito embora em sua dimensão *pragmática* – para além da sintática e da semântica – toda linguagem possua uma função naturalmente criativa, geradora e transformadora, há lugares e/ou momentos – como acontece no mundo do direito – em que essa função como que se exacerba, porque aí chega-se a *fazer coisas com palavras*: o legislador ao editar leis; o juiz ao prolatar sentenças; o órgão administrativo ao emitir suas resoluções; o Estado ao celebrar tratados por intermédio dos seus representantes; qualquer particular ao concluir um negócio jurídico; o testador ao emitir suas declarações de última vontade; os noivos ao contrair um casamento; enfim, nos incontáveis domínios e momentos em que a experiência jurídica se manifesta[151].

A essa luz, para o juiz, ter e/ou exercer jurisdição já não é tão somente *dizer* um direito previamente posto e sobreposto, já não é mais servir de mero porta-voz do legislador – como preconizava o Barão de Montesquieu, que reduzia o magistrado à condição de *bouche qui prononce les paroles de la loi*, e a função de julgar, a uma espécie de *puissance en quelque façon nulle*[152]. Bem ao contrário, esse *novo juiz* é aquele que faz o direito ao dizê-lo e/ou interpretá-lo/aplicá-lo, porque, afinal, verdadeiro legislador, como afirmava o bispo Hoadly, relembrado por Kelsen, é quem dispõe de autoridade absoluta para *interpretar* quaisquer normas jurídicas, escritas ou faladas – *texto*, portanto –, e não a pessoa que por primeiro as escreveu ou transmitiu verbalmente[153]. Nesse sentido é significativa a observação de Paul Ricoeur, quando assinala que a plurivocidade comum aos textos e às ações é trazida à luz do dia, perante os tribunais, sob a forma de um conflito das interpretações, e que essas disputas hermenêuticas se resolvem, afinal, com uma *declaração* do órgão competente, imposta com respaldo na força do poder público, em que se diz qual é a interpretação linguisticamente *correta* e juridicamente *obrigatória*[154]. Nesse momento e não antes é que o direito efetivamente "entra em vigor", pois antes disso seus enunciados não passam de preceitos expectantes, algo que ainda não é, embora tenha tudo para vir a ser.

A precedência cronológica, portanto, no escrever como no falar, não tem a menor importância para a injuntividade do direito, porque só é juridicamente obrigatório, mesmo, aquilo que vier a sê-lo no ato, no momento e por força da decisão de quem a tanto esteja institucionalmente autorizado. Afinal, se o Estado constitucional é um Estado de *competências* e, no seu âmbito, só cria direito quem esteja habilitado a fazê-lo, então o verdadeiro Direito é um ser *devindo*, ou seja, algo que é o que vem a ser, no final do processo que o revela e declara.[155]

Destarte, expressões do tipo – *declaro instalada a Assembleia Nacional Constituinte*; *está aberta a sessão*; *julgo procedente a denúncia, para pronunciar o réu*; *eu vos declaro casados*: *perdoo-lhe o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios*; ou, mais amplamente, *só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado* –, embora tenham aparência declaratória, em verdade são frases constitutivas daquilo que enunciam.

Nesse aspecto, independentemente de se acreditar ou não na veracidade do texto bíblico, nada exprime melhor essa crença no poder demiúrgico do Verbo do que a narrativa da *criação do Mundo pela só palavra de Deus*, relato que se encontra no *Livro do Gênesis*, onde se lê que o Senhor ordenou *Haja luz; e houve luz;* ou *Ajuntem-se as águas debaixo dos céus num só lugar, e apareça a porção seca; e assim se fez*, e outras determinações divinas, das quais resultou a passagem do Caos para o Cosmos, ou seja, a Criação do Mundo. E o *Evangelho Segundo João* confirma o que está no Gênesis, em termos que não deixam dúvida sobre essa crença no poder instaurador da Palavra: *No princípio era o Verbo, e o Verbo estava com Deus, e o Verbo era Deus*.

Aceita a concepção linguística da experiência jurídica, vale dizer, a ideia de que *o direito é a sua linguagem*, impõe-se nos advertirmos, desde logo, que se a *coisa* a que sempre temos chamado *direito* for reduzida a ou confundida com os textos que a manifestam, então os enunciados jurídicos – mesmo aqueles necessariamente redigidos com expressões técnicas –, não terão funcionalidade se não alcançarem um mínimo de compreensibilidade *geral*, o que só conseguirão se formalizados na *linguagem comum*, ou seja,

na linguagem da Sociedade, na língua e na fala dos indivíduos de carne e osso, daqueles a quem, afinal, esses enunciados se dirigem, seja para impor, seja para permitir, seja para vedar condutas, seja, enfim, para lhes atribuir competências ou ministrar instruções. Se isso é assim, e ninguém duvida que o seja porque fruto da própria experiência jurídica, então as palavras da lei, por serem recolhidas na linguagem comum, terão normalmente mais de um significado − o significado *nuclear* e os significados *marginais* − e, por isso mesmo, tenderão a suscitar conflitos de interpretação, dúvidas que abalam valores jurídicos fundamentais, como os da *certeza* e da *segurança*, que são consubstanciais à própria ideia de direito como instrumento indutor/garantidor de expectativas nas relações sociais[156]. Mesmo assim, dizem os defensores dessa visão linguística do direito que a polissemia inerente às palavras da linguagem comum – tal como a pluralidade dos métodos e princípios da hermenêutica jurídica –, longe de ser prejudicial à plena realização do direito, acabará por favorecê-la, ao se constituir em veículo da liberdade dos intérpretes/aplicadores, que sempre poderão formular a melhor *norma do caso* ou a mais adequada *regra de decisão* e apresentar alguma justificativa para esses *achados jurídicos*, por mais singulares que possam parecer. E tudo isso beneficiado, ainda mais, pelo fato de que esse *direito-palavra*, como todo bloco linguístico, por sua própria natureza, não tem existência simples e estática, antes se desenvolve de forma complexa e em constante devir, exposto, que está, à historicidade das coisas do espírito, que se enriquecem na exata medida em que se modificam[157].

A cada *uso linguístico*, como se sabe, com maior ou menor intensidade, a depender do contexto social, os vocábulos vão adquirindo novos significados, no âmbito de um processo dialético em que *língua* e *fala* se implicam, se exigem e se enriquecem mutuamente, a compasso das exigências sociais. De mais a mais, tal como nos domínios da linguística em geral, também no âmbito da experiência jurídica dá-se uma constante interação entre a *língua* e a *fala*, funcionando a *língua jurídica* como o repositório onde o jurista vai recolher o material de que precisa para *dizer* o direito, para a *fala jurídica*, a qual, em contínua transformação, por força mesmo da criatividade dos seus falantes e escreventes, vem a enriquecer o manancial linguístico que a possibilita, num incessante ir e vir entre o individual e o social. É o que nos ensinam os mestres da linguística, com destaque para Ferdinand de Saussure e Roland Barthes, dos quais tomamos

de empréstimo, sucessivamente, as passagens a seguir.

> "Ao separar a língua da fala (*langue* e *parole*) – afirma Saussure –, separaram-se, por sua vez: 1º, o que é social do que é individual; 2º, o que é essencial do que é acessório e mais ou menos acidental. A *língua* não é uma função do sujeito falante, ela é o produto que o indivíduo registra passivamente; não supõe jamais premeditação, e a reflexão não intervém nela senão para a atividade de classificar. A *fala*, ao contrário, é um ato individual de vontade e de inteligência, no qual convém distinguirem-se: 1º, as combinações pelas quais o sujeito que fala utiliza o código da língua com vistas a expressar seu pensamento pessoal; 2º, o mecanismo psicofísico que lhe permite exteriorizar essas combinações"[158].
>
> "*Língua* e *Fala*: cada um destes dois termos – esclarece Barthes –, só tira evidentemente sua definição plena do processo dialético que une um ao outro: não há língua sem fala e não há fala fora da língua; é nessa troca que se situa a verdadeira práxis linguística [...]. Só podemos manejar uma fala quando a destacamos na língua; mas, por outro lado, a língua só é possível a partir da fala: historicamente, os fatos de fala precedem os fatos de língua (é a fala que faz a língua evoluir), e, geneticamente, a língua constitui-se no indivíduo pela aprendizagem da fala que o envolve (não se ensina a gramática e o vocabulário, isto é, a língua, de um modo geral, aos bebês). A *Língua* é, em suma, o produto e o instrumento da *Fala*, ao mesmo tempo: trata-se realmente, portanto, de uma verdadeira dialética"[159].

Nesse panorama, pelo menos duas posições podem ser identificadas no campo da linguística jurídica. A primeira, que chamaríamos de *moderada*, propugna pela necessidade de se estudar o direito *também* sob a perspectiva linguística, à consideração de que todo direito tem por condição de existência a de ser formulado e sustentado em determinada linguagem, a qual lhe dá a forma sem a qual os conteúdos jurídicos de sentido não alcançam o indispensável trânsito social[160]. Se o direito só é possível mediante palavras, se ele só se manifesta através de textos – e, aqui, a noção de *texto* compreende "um enunciado qualquer, falado ou escrito, longo ou curto, velho ou novo"[161] –, então parece "justo" que o analisemos também sob esse ângulo, uma postura aberta que é de aceitação generalizada nos domínios da teoria do conhecimento, onde se "aprende"

que toda realidade é suscetível de múltiplos enfoques e, por isso, quaisquer visões isoladas ou unilaterais só nos mostram, obviamente, um aspecto do fenômeno, aquele que é objeto da nossa mirada, restando, como *ponto cego*, tudo o mais que não podemos ou não queremos visualizar. A segunda postura, que se poderia chamar de *radical*, identifica pura e simplesmente o direito com os enunciados normativos que o veiculam, os quais, assim, deixam de ser o *medium* de exteriorização/manifestação do ser do direito ou do fenômeno jurídico – *fenômeno*, do grego: coisa que aparece, que surge, que se mostra ou que se manifesta –, para se converter na própria *Juridicidade*, a qual, assim como a Justiça, sempre se considerou como o referente fundamental da ideia de Direito, como algo que está situado *fora* ou *além* dos preceitos jurídicos e para o que esses preceitos nos remetem [162].

É o que se depreende de algumas assertivas, recenseadas a seguir, do jurista-filósofo Gregorio Robles Morchón, a quem se devem instigantes estudos sobre a linguisticidade do fenômeno jurídico, no âmbito do que ele chama de uma *Teoria Comunicacional do Direito*. A prova palpável de que o direito é texto, diz-nos Morchón, está em que todo ordenamento jurídico é suscetível de ser escrito, isto é, de ser posto em palavras. Inclusive as normas que não nascem escritas, que são consuetudinárias, possuem esta característica. O direito é linguagem, a linguisticidade é sua forma natural de "ser", no sentido de que o modo consubstancial de expressão da juridicidade é a linguagem verbalizada suscetível de ser posta por escrito. O direito é o resultado de múltiplas decisões dos homens, cuja expressão só é possível *mediante palavras.* E tanto isso é verdade que se suprimirmos as palavras, suprimiremos automaticamente o direito. O direito aparece com o homem, como expressão de sua capacidade configuradora da vida em sociedade. Aparece em sociedade; é um fenômeno social. Porém, a sua imanência consiste em palavras, pois sem palavras ele não é nada. Se não, vejamos. Tiremos do Código Civil as suas palavras; o que sobra? Nada. Suprimamos da Constituição as suas palavras; o que sobra? Nada. Esqueçamos as palavras de um contrato ou de uma escritura pública; o que sobra? Nada. E isso não é uma prova irrefutável apenas em relação ao direito escrito, que é a parte mais substancial do direito moderno. Privemos de palavras os costumes; o que sobra? Um comportamento carente de significado, porquanto o que faz com que um costume seja tal não é o comportamento habitual de certa comunidade, e sim o significado

obrigatório desse comportamento; e o significado só é possível mediante seu registro em palavras. Em suma, o direito, em sua realidade mais primária e palpável, em sua manifestação primeira e genuína, consiste simplesmente em palavras. Por isso, nós, os juristas, quer se queira, quer não, somos pessoas *letradas*[163].

Tudo somado, é de nos indagarmos quais serão as consequências dessa visão *linguístico-textual* do direito para a sua efetiva *realização*, assim entendida a passagem do abstrato para o concreto e do geral ao particular, em que consiste o processo de aplicação dos enunciados jurídicos às situações da vida.

Primeiramente, como nenhuma norma reivindica a sua própria aplicação, como nenhum texto fala por si para se dar a conhecer e só responde àquele que compreende a sua linguagem e o interroga corretamente[164], tem-se que, para ganhar vigência/funcionalidade, os enunciados jurídicos dependem de prévio tratamento hermenêutico, a ser ministrado pelos chamados operadores do direito, uma ideia que, de resto, também é compartilhada por Herbert Hart, para quem os fatos não esperam pelos juízes já etiquetados claramente com as regras que lhes são aplicáveis nem as normas podem formular seus próprios exemplos, dependendo, sempre, da mediação de seres humanos, dos seus intérpretes/aplicadores mesmo nos casos mais claros, até porque os fatos e os fenômenos aos quais conformamos as nossas palavras e aplicamos as nossas regras são, por assim dizer, mudos[165].

Considerando-se, ademais, que não existe interpretação sem intérprete; que nenhuma visão das coisas está imune às distorções da subjetividade do observador; que toda leitura de um texto contém, basicamente, também interpretação[166]; que não existe nenhum *critério de verdade* que possa validar determinada interpretação, embora deva existir, sim, algum padrão para se rejeitarem as *leituras* indubitavelmente erradas ou clamorosamente inaceitáveis[167]; que qualquer leitura de um texto será apenas uma, entre muitas outras, igualmente defensáveis, até porque todo texto é portador de duplo sentido ou de significados excedentes[168] e, assim, comporta mais de uma interpretação; considerando-se tudo isso, o que se torna evidente é que, afinal, o *texto* que valerá mesmo *como direito* – vigente/eficaz/cogente – não será o *texto-matriz*, do qual partiram os intérpretes/aplicadores, e sim o *texto-resultado*, produzido no e pelo tratamento hermenêutico a que o

submeteram os seus operadores, um tratamento que, de resto, nada tem de objetivo, neutro ou imparcial, porque ministrado por indivíduos históricos, situados numa *posição prévia*, que lhes impõe uma *visão prévia* e, por via de consequência, também uma *concepção prévia* a respeito do mundo e das coisas do mundo[169].

Em razão dessa realidade existencial comum, dessa *estrutura prévia* que a todos se impõe, pode-se dizer que o texto jurídico inaugural, sobre o qual incide o primeiro olhar hermenêutico dos seus intérpretes/aplicadores, é apenas um *pré*-texto e um pretexto para o começo da sua atividade, e que o *texto final* será "escrito" na e pela interpretação, e não revelado *através* dela[170]. A propósito, é bem ilustrativa a observação de Larenz, a nos dizer que no começo está o texto da lei, só aparentemente claro e fácil de aplicar, e no final – se este existe –, entretecida em torno do texto, toda uma teia de interpretações, restrições e complementações, que regula a sua *aplicação* no caso singular e que transmudou amplamente o seu conteúdo, a ponto de em casos extremos quase o tornar irreconhecível[171].

A essa luz, portanto, a se admitir que o direito é, mesmo, texto, esse texto não deve ser entendido como um dado prévio, fixo e imutável, mas, antes, como um *material de construção*, que possibilitará múltiplas edificações, a depender da criatividade dos arquitetos da sua interpretação. Nada mais propício, portanto, do que um texto permanentemente *in fieri* para alimentar disputas hermenêuticas, cujo resultado final – um resultado sempre transitório, pois a ideia de uma interpretação definitiva parece encerrar uma contradição em si mesma, porque é algo que está sempre a caminho, que nunca se conclui, que não tem ponto de chegada[172] –, dependerá da capacidade de persuasão dos seus contendores, a ser testada na arena da argumentação.

6. O direito como argumentação

O ponto de partida dos que sustentam esta posição é um *imperativo constitucional*, consubstanciado no art. 93, inciso IX, da Constituição de 1988, onde se estatui que, sob pena de nulidade, todas as decisões judiciais serão fundamentadas; e a sua meta, demonstrar que a *realização* do direito – sua criação, interpretação e aplicação – dá-se no âmbito de um processo

no qual os modelos jurídicos são instaurados *argumentativamente*, numa ponderação entre prós e contras, em função de fins que, em dado momento, se reputam positiva ou negativamente valiosos, tanto para os indivíduos quanto para a coletividade.

Individualmente, esses modelos emergem numa espécie de diálogo do indivíduo consigo mesmo, debate no qual – existencialmente condenado a ter que se decidir entre múltiplas alternativas, que a todo instante a vida coloca à sua frente –, o homem, como *animal hermeneuticum*, antes de se lançar à frente, dá um passo atrás, articula a sua experiência, interpreta o cenário e, afinal, escolhe a *saída* que, nas circunstâncias, lhe parece a mais adequada[173]. Coletivamente, tais modelos se manifestam no âmbito de complexos processos decisórios, nos quais a comunidade avalia, à luz do princípio do discurso, se é legítimo o direito que está a criar, para si e para outrem, tomando as suas decisões diretamente ou por meio de representantes para tanto por ela credenciados[174]. Nisto consiste, em linhas gerais, a chamada *nomogênese jurídica*, o processo geral de criação dos modelos jurídicos – *legislativos*, *consuetudinários*, *jurisprudenciais* e *negociais* –, que Miguel Reale descreve em sugestivos ensaios, onde ressalta que, subjacente a todos os modelos jurídicos, encontra-se alguma forma de Poder, que os instaura e neles se manifesta, ou seja, as *leis*, como expressão do Poder Legislativo; a *jurisprudência*, como exteriozação do Poder Judiciário; os *usos e costumes jurídicos*, como formas de manifestação do Poder Social; e, finalmente, os *atos negociais*, a traduzir a Autonomia da Vontade para instaurar reações jurídicas, em que se criam direitos e se assumem obrigações[175].

Nesse contexto, a exigência de fundamentação ou motivação suficientes nas decisões judiciais consubstancia uma garantia essencial do jurisdicionado, mediante a qual, sem prejuízo da liberdade de que dispõe o juiz na interpretação/aplicação das normas, pode-se comprovar se a solução que ele venha a dar aos casos submetidos à sua decisão é consequência de uma exegese racional do ordenamento jurídico e não fruto de arbitrariedade. Pela transcendente finalidade dessa obrigação, uma sentença que não explique a solução dada às questões suscitadas e tampouco permita se infiram as razões próximas ou remotas que a justificam – fundamentação *interna* e fundamentação *externa* – será uma decisão que não apenas viola a letra da lei, como vulnera o direito à tutela judicial efetiva[176].

Essa ênfase nas decisões judiciais justifica-se por alguns motivos básicos. Primeiro, pela modificação do papel do juiz na *realização* do direito, antes um ente inanimado, servo e porta-voz do legislador – que tudo sabia, que tudo previa e que tudo regia –, agora visto por muitos como o protagonista principal na tarefa de *fazer justiça*, dando a cada um o que é seu, a partir da lei, com a lei e, se necessário, dobrando ou mesmo contrariando a lei, sempre que, a seu ver, as ordens do legislador se contraponham à *forma de vida* da comunidade em que exerce a jurisdição[177]. Segundo, porque é no processo judicial onde o raciocínio jurídico se manifesta por antonomásia e mais se evidencia a dimensão argumentativa do direito, desde os diálogos do julgador consigo mesmo e com as partes interessadas – pondo e contrapondo razões para decidir num ou noutro sentido –, até às disputas *inter partes*, nas quais os contendores tentam convencer o julgador de que o *melhor direito* está do seu lado, uma atitude que, de resto, é própria dos processos contenciosos, em que os litigantes se guiam pela *lógica da conclusão desejada*, enquanto o juiz, como terceiro imparcial, dirige-se pela *lógica do convencimento*, beneficiando-se, afinal, todos e cada um – partes e juiz –, com a possibilidade de sempre se poder dar forma lógica a qualquer conclusão...[178]

Particularmente, no que diz respeito ao juiz, impõe-se-lhe o dever de motivar as suas decisões não apenas para convencer do acerto desses veredictos os indivíduos diretamente afetados pelas sentenças, mas também – acima e além disso – para permitir que a comunidade, que o investiu no poder de julgar, verifique se o comportamento desse importante agente político – funcionário obrigado perante a comunidade pretensora[179] – está conforme com os padrões de conduta socialmente reputados corretos. É que, tudo somado, o juízo motivado substitui a afirmação lacônica por um raciocínio e o mero exercício de autoridade por um *ensaio de persuasão*[180].

Isto posto, passemos ao núcleo do tema, à compreensão do direito como argumentação, como *argumentação jurídica*, em sentido estrito –, pois "o discurso jurídico é um caso *especial* do discurso prático, pois geral"[181] –, abstraídas quaisquer considerações prévias sobre um *justo em si*, que, a existir, há de surgir no e com o processo argumentativo, mas sem se confundir com ele, ideia que nos faz recordar as observações de Roberto Lyra Filho, ao contrapor, criticamente, as dialéticas de Engels e de Lênin e, afinal, decidir-se pela visão do revolucionário russo, dizendo: "Costumo

lembrar que Lênin já dizia, no mais puro sentido dialético e... hegeliano, que ‘o Absoluto *está* no processo’ e, não, como Engels, que ‘o Absoluto *é* o processo’[...]. No entanto, se o Absoluto *está no* processo, o devenir constitui a forma de sua exposição dialética e gradual...”[182]

Aplicada essa ideia à contraposição *Direito x Argumentação Jurídica*, dir-se-ia que a *juridicidade* está e se expõe no processo argumentativo, e não que ela seja a ou se confunda com a própria argumentação/processo, caso em que o direito seria uma forma sem substância. Noutras palavras, se levada ao limite, essa compreensão argumentativo-processual acabaria por descaracterizar o direito como ordem material de valores e reduzir os enunciados jurídicos a substratos desprovidos de sentido, precisamente o oposto do que faz com que a *coisa* direito seja um objeto cultural, uma forma ou realidade significativa[183].

Mas o que é, mesmo, a argumentação jurídica e em que ela se distingue da argumentação, em geral? Para Alexy, já anotamos de passagem, o discurso jurídico é um *caso especial* do discurso prático geral, especial porque a argumentação jurídica desenvolve-se sob determinadas condições que a restringem, entre as quais se destacam a subordinação à lei, a obrigatória consideração dos precedentes, o ajustamento à dogmática elaborada pela ciência jurídica institucionalmente organizada, bem assim – o que não concerne, entretanto, ao discurso da ciência jurídica –, as limitações impostas pelas regras do ordenamento processual. De conseguinte, pode-se afirmar que a pretensão de qualquer enunciado jurídico é considerar-se racionalmente fundamentável *sob essas condições*, o que só ocorrerá se atender às exigências de uma espécie de *código da razão prática*, que nada mais é do que um conjunto de regras e formas que, após exaustivamente analisadas e confrontadas as diferentes teorias do discurso, emergiram desse processo como necessárias e/ou suficientes para que se possa dizer se um enunciado normativo é racionalmente fundamentável. Os resultados dessas discussões, anota Alexy, resumiram-se numa espécie de *teoria geral do discurso prático racional*, cujo núcleo é constituído por 22 regras, reunidas em 5 grupos, e uma tábua de 6 formas de argumentos. Embora a formulação explícita dessas formas e regras possa parecer pedante, supérflua ou até mesmo inadequada, o mesmo Alexy ressalta que o seu principal objetivo talvez consista exatamente em tornar claros os seus defeitos, que podem dizer respeito tanto ao conteúdo das regras quanto à incompletude da sua enumeração, ao caráter supérfluo de algumas regras e formas e, ainda, à

pouca precisão com que se formularam. Em suma, se tais defeitos não forem de tal monta que as privem totalmente de sentido, essas regras e formas poderão servir de *Código da Razão Prática*[184].

Para sermos fiéis ao pensamento de Alexy e, ao mesmo tempo, franquearmos o acesso direto às suas ideias a quantos desejem aprofundar-se no tema, transcrevemos, a seguir, as considerações desse filósofo sobre o que ele chama de *regras do discurso* e *pressupostos básicos da teoria da argumentação jurídica*.

– *Regras do discurso*

O núcleo da teoria do discurso é formado por um sistema de *regras do discurso* e *princípios do discurso*, cuja observância assegura a racionalidade da argumentação e dos seus resultados. Em outro lugar tratei de formular explicitamente esse sistema através de um conjunto de 28 regras. Essas regras estendem-se desde às que exigem não contradição, clareza linguística e verdade empírica, passando por aquelas que expressam a ideia de universalizável, entre outras coisas assegurando a cada um o direito de participar no discurso e merecer a mesma consideração dispensada aos demais participantes, até às que disciplinam a argumentação consequencialista, a ponderação e a análise da formação das convicções normativas. Este sistema de regras que pretende formular como que um *código da razão prática* não só complementa as regras específicas do discurso jurídico, como constitui igualmente a base para a sua crítica e justificação, no âmbito de uma justificação e crítica do sistema jurídico como um todo.

– *Pressupostos básicos da teoria da argumentação jurídica*

O ponto de partida da teoria da argumentação jurídica é que, em definitivo, na jurisprudência trata-se sempre de questões práticas, portanto, do que é imposto, proibido ou permitido. A argumentação jurídica é, por isso, um caso especial da argumentação prática em geral. É um caso especial porque está submetida a uma série de vínculos institucionais que podem ser resumidos na vinculação à lei, ao precedente e à dogmática. Estes vínculos, embora possam ser concebidos como um sistema de regras e formas específicas da argumentação jurídica, não conduzem, em cada caso, precisamente a um resultado. Isto vale tanto para a subsunção a regras quanto para a ponderação de princípios. No que respeita aos princípios, ficou claro que a sua estrutura, como mandatos de

> otimização, induz a que, sempre que apresentem um conteúdo moral, na sua aplicação se dê resposta a questões morais. Este é um aspecto da tese geral de que em todos os casos mais ou menos problemáticos são necessárias valorações que não se podem extrair, de modo necessário, de um material fixado impositivamente. Por isso, a racionalidade da argumentação jurídica depende, essencialmente, de e com que alcance estas valorações adicionais são suscetíveis de um controle racional[185].

Rigorosamente aplicado nos domínios da experiência jurídica, em geral, e da argumentação jurídica, em particular, esse bloco de regras e de pressupostos se evidencia como de singular valia para quantos pretendam estruturar o seu discurso e apresentá-lo como racionalmente sustentável, o que é da essência dos afazeres do jurista, seja ele advogado, árbitro, juiz ou membro do Ministério Público, o mesmo ocorrendo em relação a outros operadores do direito, como legisladores e técnicos legislativos, porque, no essencial, todos devem primeiro organizar as suas ideias e só depois dessa arrumação trazê-las a público, caso desejem que elas sejam aceitas pelos auditórios a que se dirijam[186]. Se a clareza é a cortesia do filósofo, como dizia Ortega y Gasset[187], o *poder de persuasão* há de ser, por antonomásia, o atributo fundamental de qualquer pregador.

7. Hermenêutica constitucional: conceito, características, métodos, princípios e limites da interpretação constitucional. Mutação constitucional: conceito, espécies e limites

7.1. Conceito de interpretação constitucional

Como toda interpretação jurídica, de que é a espécie mais relevante, a interpretação constitucional é a atividade que consiste em fixar ou defenir o sentido das normas da lei fundamental – sejam essas normas *regras* ou *princípios* –, tendo em vista resolver problemas práticos, se e quando a simples leitura dos textos não permitir, de plano, a compreensão do seu significado e do seu alcance. Noutras palavras, essa interpretação se impõe

e tem início onde e quando a compreensão direta dos enunciados constitucionais já não está ao alcance da mão, provocando nos seus *tradutores* uma sensação de estranheza ou de *mal-estar hermenêutico*. Em poucas palavras, o trabalho de interpretação da Constituição tem início quando se frustra a comunicação direta com o seu texto e ele já não responde às perguntas dos seus leitores[188].

7.2. Características da interpretação constitucional

À semelhança, igualmente, da interpretação levada a efeito nos outros ramos do direito, a interpretação constitucional possui as características comuns à tarefa hermenêutico-jurídica, em geral − *linguisticidade*, *literalidade*, *objetividade*, *necessidade*, *contextualidade* e *mutabilidade* −, resumidas a seguir.

7.2.1. Linguisticidade

É preciso entender a linguagem da norma constitucional, que há de ser comum a todos os seus destinatários – legislador, juiz e comunidade –, sob pena de se frustrarem os seus objetivos. Afinal, como adverte Hans-Georg Gadamer, em citação feita linhas atrás, aquele que fala uma linguagem que ninguém fala rigorosamente não fala, assim como uma palavra que não chega ao outro está morta[189].

7.2.2. Literalidade

Toda interpretação de um enunciado começa pela captação/revelação do seu sentido literal. Só depois, advertido de que essa primeira leitura pode estar equivocada – porque decorrente da sua pré-compreensão, e surpreendido com o aparecimento de sentidos outros sequer imaginados – só então é que o intérprete põe em dúvida aquela compreensão inicial e se abre para entendimento diverso, num fecundo diálogo que tem início consigo mesmo, mas logo se abre à infinidade de interlocutores se encontram no seu entorno ou circunstância. Um debate, portanto, entre a consciência jurídica *individual* e a consciência jurídica *geral*, tal como interagem a *língua* e a *fala*.

7.2.3. Objetividade

Objeto da interpretação é *o feito e o falado* (Emilio Betti), não uma suposta vontade ou intenção, quer do legislador, quer da lei, até porque o intérprete não é um psicanalista que deva buscar, por trás dos enunciados, algo que eventualmente eles estejam a "esconder". Só as *intencionalidades* que se *objetivaram* e na forma em que efetivamente se *objetivaram* são trabalhadas pelos intérpretes e aplicadores do direito em todos os domínios da experiência jurídica.

7.2.4. Necessidade

Toda norma, por sua condição de *síntese*, que integra e supera tensões fático-axiológicas, por interferência decisória do Poder, em dado momento da vida social, precisa ser necessariamente interpretada, a fim de que, reconstituindo-se a sua *gênese*, possamos compreendê-la verdadeiramente. Afinal, *a natureza da coisa é o seu nascimento*· (Vico).

7.2.5. Contextualidade

O "verdadeiro" sentido dos enunciados jurídicos emerge ou se define em cada situação hermenêutica, o que significa dizer que eles só se "revelam" no momento da aplicação e que esse sentido varia continuamente, a compasso das alterações no prisma histórico-social de realização do direito (Reale).

7.2.6. Mutabilidade

Consequência dessa abertura para o mutante, toda interpretação é apenas um *experimento em marcha*, assim como a ideia de uma interpretação definitiva é uma contradição nos termos, na sempre oportuna lição de Hans-Georg Gadamer. Afinal, se tudo se transforma, se *ninguém se banha duas vezes no mesmo rio* –, como se aprende com Heráclito –, seria uma excrescência que só a vida do direito escapasse ao *panta rhei* da eterna transformação.

As *viragens de jurisprudência* atestam, ao contrário, que mesmo sem abrir mão dos valores da estabilidade e da segurança jurídica, que lhe são congênitos, o Direito pode alcançar o ideal – preconizado por Miguel Reale –, de ser *estável sem ser estático e dinâmico sem ser frenético*.

Afora todas essas características, que a interpretação constitucional comparte com as demais espécies de hermenêutica jurídica, possui ela a

singularidade de trabalhar, essencialmente, com *princípios* em vez de regras, o que significa dizer com textos de maior abertura semântica ou com *excesso de significados*, do que resulta naturalmente ampliada a criatividade dos seus operadores.

7.3. Métodos da interpretação constitucional

Em primeiro lugar, com apoio em Gomes Canotilho, para quem a questão do "método justo", em direito constitucional, é um dos problemas mais controvertidos e difíceis da moderna doutrina juspublicística, devemos enfatizar que, atualmente, a interpretação das normas constitucionais é um *conjunto de métodos e de princípios*, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas – filosóficas, metodológicas, epistemológicas – diferentes mas, em geral, reciprocamente complementares, o que só confirma o caráter *unitário* da atividade interpretativa[190].

Em razão dessa variedade de meios hermenêuticos e do modo, até certo ponto desordenado, como eles são utilizados pelos seus operadores, o primeiro e grande problema com que se defrontam os intérpretes/aplicadores da Constituição parece residir, de um lado, e paradoxalmente, na riqueza desse material e, de outro, na inexistência de critérios que possam validar a escolha dos seus instrumentos de trabalho, nem resolver os eventuais conflitos entre tais instrumentos, seja em função dos *casos* a decidir, das *normas* a manejar ou, até mesmo, dos *objetivos* que pretendam alcançar em dada situação hermenêutica, o que, tudo somado, aponta para a necessidade de complementações e restrições recíprocas, de um ir e vir ou balançar de olhos entre objeto e método, tendo como eixo o valor *justiça*, em permanente configuração[191].

Nessa direção é a advertência de Zagrebelsky, a nos dizer que não existe na literatura, nem na jurisprudência, uma teoria dos métodos interpretativos da Constituição, que nos esclareça se é possível e mesmo necessário adotar um método previamente estabelecido ou uma ordem metodológica concreta, um dado de realidade que, se não configura lacuna inexplicável, por certo reflete a consciência de que não tem maior significado nos aproximarmos da interpretação através dos seus métodos[192], embora a palavra *método*, como todos sabem, signifique, precisamente, o *caminho* a

ser percorrido para se alcançar a verdade.

Em suma, desprovidos de uma teoria que lhes dê sustentação e consistência na seleção dos métodos e princípios que organizem o seu acesso à Constituição – um panorama "desolador", em palavras de Canosa Usera[193] –, os intérpretes/aplicadores acabam escolhendo e combinando esses instrumentos ao sabor de sentimentos e de intuições pessoais, critérios que talvez lhes pacifiquem a consciência, mas certamente nada nos dirão sobre a racionalidade dessas opções. Em todo caso – advertem Viola e Zaccaria –, o problema é sempre explicar o porquê, não arbitrário na medida do possível, da eleição entre os diversos métodos interpretativos e o porquê, não arbitrário, da sua combinação de um modo e não de outro, pois o *método* não pode explicar *a eleição do método*[194].

Afinal de contas – para ficarmos apenas no âmbito das *leituras* da Lei Fundamental – o que significam, objetivamente, expressões tais como *unidade da Constituição*, *concordância prática*, *interpretação conforme*, *exatidão funcional* ou *máxima efetividade*, com que se rotulam os princípios da interpretação constitucional, se essas locuções, também elas, estão sujeitas a contradições e conflitos de interpretação[195]?

A que resultados, minimamente controláveis, poderemos chegar partindo de métodos bastante assemelhados e cujos nomes, um tanto esotéricos – *tópico-problemático*, *hermenêutico-concretizador*, *científico-espiritual* ou *normativo-estruturante*, por exemplo –, mais confundem do que orientam os que adentram o labirinto da sua utilização?

Como aplicar, com um mínimo de segurança, o tão decantado e multifuncional princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*[196], essa espécie de *vara de condão* de que se valem as cortes constitucionais – e não apenas elas, diga-se de passagem, mas também os juízes e tribunais ordinários –, para operar milagres que espantariam agnósticos, crentes e ateus? Como usar, enfim, a velha tópica jurídica, se não existe acordo nem mesmo sobre o que significam os seus *topoi* e se todos os que dela se utilizam o fazem na exata medida em que, para qualquer problema, essa vetusta senhora fornece enunciados a gosto do freguês[197]?

Apesar de todas essas incertezas, autores existem, hoje em maioria, que enaltecem as virtudes dessa riqueza instrumental com o argumento de que, em face da extrema complexidade do trabalho hermenêutico, todo pluralismo é saudável; não se constitui em obstáculo, antes colabora, para o

conhecimento da verdade; e, *racionalmente* aproveitado, em vez de embaraçar os operadores jurídicos, acaba ampliando o seu horizonte de compreensão e facilitando-lhes a tarefa de aplicar o direito[198]. Nessa perspectiva, não passa de romantismo a ideia de um simplificador "retorno a Savigny", cujos *elementos* ou *métodos* de interpretação, certamente, seriam insuficientes para *decifrar* uma realidade jurídica que se vai tornando cada vez mais complexa[199].

Por tudo isso, talvez se devesse reconhecer, sem constrangimentos lógicos ou axiológicos, que a serviço do direito tanto os fins parecem justificar os meios quanto os meios justificar os fins, embora ninguém possa dizer, em sã consciência, qual deles deva ter precedência, nem tampouco como são manipulados pelos sujeitos da interpretação.

Com essas considerações, que servem de advertência sobre as dificuldades da interpretação constitucional, passemos ao exame dos principais métodos e princípios que balizam essa importante atividade hermenêutica, assinalando que o seu manejo, nem sempre de forma consciente, reflete a conexão – recíproca e constante – entre objeto e método, no caso, entre os diferentes conceitos de Constituição, de um lado, e os distintos métodos e princípios da hermenêutica constitucional, de outro[200]. Afinal, como ensina Gadamer, "é o *próprio objeto* que deve determinar o método adequado para investigá-lo"[201].

Quanto aos *métodos* de que se utilizam os intérpretes e aplicadores da Constituição, tal como recenseados, entre outros, por Böckenförde e Gomes Canotilho[202], são fundamentalmente o método *jurídico* ou *hermenêutico-clássico*; o *tópico-problemático*; o *hermenêutico-concretizador*; o *científico-espiritual*; e o *normativo-estruturante*, cujos traços mais significativos resumiremos a seguir, adiantando que todos eles, embora disponham de nomes próprios, em rigor não constituem abordagens hermenêuticas autônomas, mas simples concretizações ou especificações, no âmbito do direito constitucional, do método da *compreensão* como ato gnosiológico comum a todas as ciências do espírito[203].

7.3.1. Método jurídico ou hermenêutico-clássico

Para os adeptos desse método, a despeito da posição que ocupa na estrutura do ordenamento jurídico, a que serve de fundamento e fator de integração, a Constituição essencialmente é uma *lei* e, por isso, há de ser

interpretada segundo as regras tradicionais da hermenêutica, articulando-se e complementando-se, para *revelar* o seu sentido, os mesmos elementos – genético, filológico, lógico, histórico e teleológico – que são levados em conta na interpretação das leis, em geral.

Desconsiderado o caráter *legal* da Constituição e rejeitados, na sua interpretação, os *métodos* tradicionais desenvolvidos por Savigny – os únicos, ao ver de Forsthoff, que lhe preservam o conteúdo normativo e impedem a sua dissolução em considerações valorativas –, ao ver dos seguidores desse método a Lei Fundamental estaria sujeita a modificações subterrâneas, de viés interpretativo, o que, tudo somado, lhe ofenderia o texto, que não contempla esse tipo de alteração; comprometeria a sua finalidade estabilizadora, de todo avessa a oscilações hermenêuticas; e, afinal, acabaria por transformar o Estado de Direito num Estado de Justiça, onde o juiz, em vez de servo, faz-se "senhor da Constituição"[204].

Por tudo isso, para os críticos da autonomia da interpretação constitucional, se alguma particularidade existe na Constituição – o que admitem em linha de princípio –, essa singularidade seria quando muito apenas um fator adicional, a ser considerado na *exegese* do texto e na *construção* do sistema, jamais um motivo para que, no manejo das normas constitucionais, se afastassem os métodos clássicos de interpretação[205].

Trata-se de uma concepção hermenêutica baseada na ideia de *verdade como conformidade* ou, se quisermos, na crença metafísico-jurídica de que toda norma possui um sentido *em si*, seja aquele que o legislador pretendeu atribuir-lhe (*mens legislatoris*), seja o que, afinal e à sua revelia, acabou emergindo do texto (*mens legis*). Por isso, a tarefa do intérprete, enquanto *aplicador* do direito, resumir-se-ia em descobrir o *verdadeiro* significado das normas e guiar-se por ele na sua aplicação[206].

Nenhuma dúvida, portanto, para os adeptos do método clássico, sobre as condições de possibilidade dessa descoberta, nem tampouco sobre o papel do intérprete nesse acontecimento hermenêutico; menos ainda sobre a inevitável criatividade do intérprete enquanto agente redutor da distância entre a generalidade da norma e a singularidade do caso a decidir. No fundo, subjacente a tudo, a ideologia da separação de poderes em sentido forte, a cuja luz o legislador é o soberano e o juiz apenas a boca que pronuncia as palavras da lei[207].

7.3.2. Método tópico-problemático

Aceitando, em contraposição a esse ponto de vista, que, modernamente, a Constituição é um sistema *aberto* de regras e de princípios, o que significa dizer que ela admite/exige distintas e cambiantes interpretações[208]; que um problema é toda questão que, aparentemente, permite *mais de uma resposta*; e que, afinal, a tópica é a técnica do pensamento *problemático*[209], pode-se dizer que os instrumentos hermenêuticos tradicionais não resolvem as *aporias* emergentes da interpretação *concretizadora* desse novo modelo constitucional e que, por isso mesmo, o método *tópico-problemático* representa, se não o único, pelo menos o mais adequado dos caminhos para se *chegar* até a Constituição.

Em palavras de Böckenförde, dado o caráter fragmentário e, não raro, indeterminado da Constituição, é natural o uso do método tópico orientado ao problema, até para remediar a insuficiência das regras clássicas de interpretação e evitar o *non liquet*, que já não é possível pela existência da jurisdição constitucional[210].

Noutro dizer, sendo a interpretação jurídica uma tarefa essencialmente *prática* – nesse domínio, compreender sempre foi, também, aplicar[211] –, e tendo as normas constitucionais uma estrutura *aberta*, *fragmentária* e *indeterminada*, decorre daí que a sua efetivação exige, necessariamente, o protagonismo dos intérpretes/aplicadores, transformando a *leitura* constitucional num *processo aberto de argumentação*, do qual participam, igualmente legitimados, todos os operadores da Constituição.

Em suma, graças à abertura textual e material dos seus enunciados e ao pluralismo axiológico, que lhe são congênitos, a Constituição – como objeto hermenêutico – mostra-se muito mais *problemática* do que *sistemática*, o que aponta para a necessidade de interpretá-la *dialogicamente* e aceitar, como igualmente válidos e até serem vencidos pelo melhor argumento, todos os *topoi* ou *fórmulas de busca* que, racionalmente, forem trazidos a confronto pela comunidade hermenêutica.

Por esse caminho, ademais, as contendas políticas são absorvidas e transformadas em simples *conflitos de interpretação*, o que, tudo somado, significa resguardar a Constituição contra inconformismos autoritários, pois todo aquele que participa do debate hermenêutico *em torno* da Constituição, ao menos moralmente, sente-se obrigado a respeitar o seu resultado, em vez

de se voltar contra o objeto da interpretação[212].

Outro não é, aliás, o propósito de Peter Häberle quando afirma – em declarado conflito com Forsthoff[213] –, que se deve *abrir* a sociedade dos intérpretes da Constituição, para que a sua leitura, até hoje restrita às instâncias oficiais, se faça em perspectiva pública e republicana, pois, afinal, aquele que "vive" a norma acaba por interpretá-la ou, pelo menos, cointerpretá-la, e toda atualização da Constituição, por meio de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada[214].

7.3.3. Método hermenêutico-concretizador

O ponto de partida dos que recomendam essa postura hermenêutica, de resto pouco diferente do método tópico-problemático, é a constatação de que a leitura de qualquer texto, inclusive do texto constitucional, começa pela *pré-compreensão* do intérprete/aplicador, a quem compete *concretizar* a norma a partir de uma dada situação histórica, que outra coisa não é senão o ambiente em que o problema é posto a seu exame, para que ele o resolva *à luz da Constituição* e não segundo critérios pessoais de justiça.

Dessarte, embora prestigiando o procedimento tópico orientado ao problema, os adeptos do método hermenêutico-concretizador procuram ancorar a interpretação *no próprio texto constitucional* – como limite da concretização –, mas sem perder de vista a realidade que ele intenta regular e que, afinal, lhe esclarece o sentido; noutras palavras, trata-se de uma postura que encontra apoio, dentre outras, nas seguintes *descobertas* hermenêuticas de Gadamer: "*interpretar sempre foi, também, aplicar; aplicar o direito significa pensar, conjuntamente, o caso e a lei, de tal maneira que o direito propriamente dito se concretize; e, afinal, o sentido de algo geral, de uma norma, por exemplo, só pode ser justificado e determinado, realmente, na concretização e através dela*"[215].

Em que pese a importância desse suporte filosófico, impõe-se reconhecer a grande dificuldade em se produzirem resultados razoavelmente consistentes à base dessa proposta hermenêutica, porque a pré-compreensão do intérprete, como tal, distorce desde logo não somente a realidade, que ele deve captar através da norma, mas também o próprio significado da norma constitucional – um significado de si multívoco –, que ele deve apurar naquele incessante ir e vir entre o substrato e o sentido, que

singulariza a dialética da compreensão como ato o gnosiológico adequado às ciências do espírito.

Mesmo assim, acreditam os adeptos desse método que se ele for utilizado corretamente ensejará *concretizações* minimamente controláveis, nas quais se evidenciem tanto as dimensões objetivas da atividade hermenêutica, emergentes do problema a resolver, quanto os seus aspectos subjetivos, traduzidos na pré-compreensão do intérprete sobre a norma e a situação normada, pré-compreensão essa que, embora aleatória, é prefigurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus preconceitos[216].

Considerando, assim, que toda pré-compreensão, em certa medida, possui algo de *irracional*, pode-se dizer que, apesar dos seus esforços, os que propugnam por esse método, assim como os defensores do processo tópico-problemático, ficam a dever aos seus críticos algum *critério de verdade* que lhes avalize as interpretações, de nada valendo, para quitar essa dívida, apelarem para uma imprecisa e mal definida *verdade hermenêutica*, que pode ser muito atraente, como ideia, mas pouco nos diz sobre os alicerces dessa construção.

7.3.4. Método científico-espiritual

Como toda direção hermenêutico-constitucional, também esta corrente tem como pressuposto determinada ideia de Constituição, um conceito que os seus adeptos adotam como fundamento e ponto de partida para definir o método que reputam adequado ao compreender constitucional.

Pois bem, o que dá sustentação material ao método científico-espiritual é, precisamente, a ideia de Constituição como instrumento de *integração*, em sentido amplo, vale dizer, não apenas do ponto de vista jurídico-formal, como norma-suporte e fundamento de validade do ordenamento, segundo o entendimento kelseniano, por exemplo, mas também – e principalmente –, em perspectiva política e sociológica, como instrumento de regulação (= absorção/superação) de conflitos e, por essa forma, de construção e de preservação da unidade social[217].

Daí nos dizer Rudolf Smend, a mais expressiva figura dessa escola, que a Constituição é a ordenação jurídica do Estado ou da dinâmica vital em que se desenvolve a vida estatal, isto é, o travejamento normativo do seu processo de integração, muito embora – esclarece esse mesmo publicista –

o Estado não limite a sua "vida" somente àqueles momentos da realidade que são contemplados pela Constituição. Nesse sentido, assim como existem *espaços livres do direito*[218] e *direito sem Estado*[219], haveria, igualmente, *espaços do Estado não alcançados pela normatividade constitucional*, afirmação no mínimo polêmica, se tivermos em conta, como ensina Häberle, que se todo o poder do Estado provém dos cidadãos que se *encontram* na comunidade, não resta espaço para um poder estatal extra ou preconstitucional, devendo a Constituição ser concebida como *prévia* ao Estado, apesar da importância que este possa ter e/ou conservar após a sua institucionalização[220].

Mesmo assim, ainda que se deva considerá-lo sempre como realidade juridicamente conformada, nem por isso podemos reduzir o Estado a uma totalidade imóvel, cuja única expressão externa consistiria em promulgar leis, celebrar tratados, prolatar sentenças ou praticar atos administrativos. Muito pelo contrário, há de ser visto, igualmente, como um fenômeno espiritual em permanente configuração, no âmbito de um processo que pode ser valorado, indistintamente, como progresso ou como deformação, pouco importa, até porque isso é da sua natureza.

Noutras palavras, o Estado é uma realidade – e assim deve ser considerado – que só existe e se desenvolve por conta dessa revivescência contínua, desse *plebiscito diário*, aquela imagem feliz de que se valeu Renan para explicar o surgimento e a continuidade das nações[221], e que o próprio Smend revalorizou quando pôs em destaque que também a vida do Estado, enquanto associação dos indivíduos que a ele se vinculam juridicamente, depende dessa eterna *renovação de votos*, desse permanente desejo de coesão[222].

Quanto à Constituição, a seu turno, observa Smend que muito embora a sua peculiaridade jurídica resida, principalmente, na forma como ela articula os órgãos políticos do Estado, não é possível analisar tal peculiaridade apenas detalhando o catálogo de competências constitucionais, nem tampouco avaliando, em perspectiva estritamente jurídico-formal, as relações que se estabelecem entre os diferentes órgãos da soberania. É preciso examinar, também, o peso específico que a própria Constituição – enquanto norma de caráter essencialmente *político*[223] – reconhece a cada um desses órgãos, com vistas ao processo global de integração, e não segundo as funções burocráticas que eventualmente eles

possam desempenhar, em determinado modelo de distribuição de competências.

Por tudo isso, arremata o mesmo publicista, essa combinação específica dos órgãos não constitui uma simples repartição de poderes, de maior ou menor alcance, mas uma repartição de participações, de índole bem diferente, no âmbito do sistema integrativo em que, afinal, se constitui o Estado[224].

De outra parte, sendo o direito constitucional uma positivação das possibilidades e funções próprias do mundo do espírito – um conjunto de normas que só se compreendem com referência a essas mesmas realidades espirituais, as quais, por seu turno, só se realizam, de forma plena e continuada, por força dessa positivação, que lhes confere normatividade –, por tudo isso, não deve o intérprete encarar a Constituição como um momento estático e permanente da vida do Estado, e sim como algo dinâmico, que se renova continuamente, a compasso das transformações, igualmente constantes, da própria realidade que as normas constitucionais intentam regular[225].

A essa luz, portanto, em que aparece como instrumento ordenador da totalidade da vida do Estado, do seu processo de integração e, também, da própria dinâmica social, a Constituição não apenas permite, como igualmente exige, uma interpretação extensiva e flexível, em larga medida diferente das outras formas de interpretação jurídica, sem necessidade de que o seu texto contenha qualquer ordenação nesse sentido.

Pelo contrário, é da natureza das constituições abarcarem os seus objetos de um modo simplesmente esquemático, deixando livre o caminho para que a própria experiência vá operando a integração dos variados impulsos e motivações sociais, de que se nutrem tanto a dinâmica política quanto a dinâmica especificamente constitucional. Daí se caracterizarem os enunciados constitucionais – nisso bem diferentes dos enunciados legais – precisamente pela sua elasticidade e capacidade de autotransformação, de regeneração e de preenchimento das próprias lacunas[226].

Em síntese, para os adeptos do método científico-espiritual – que é o das ciências da cultura, em geral –, tanto o Direito quanto o Estado e a Constituição são vistos como fenômenos *culturais* ou fatos referidos a valores[227], a cuja realização os três servem de instrumento. Entre tais valores, emerge a *integração* como fim supremo, a ser buscado por toda a

comunidade, ainda que, ao limite, como advertem os seus críticos, esse integracionismo absoluto possa degradar o indivíduo à triste condição de peça – indiferenciada e sem relevo –, da gigantesca engrenagem social.

Por tudo isso, impõe-se *compensar* esses excessos integracionistas reafirmando, uma vez mais, a *dignidade humana* como premissa antropológico-cultural do Estado de Direito e valor fundante de toda a experiência ética[228].

7.3.5. Método normativo-estruturante

Formulado e desenvolvido em plena vigência das ideias de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer – relembre-se, mais uma vez, que, para Gadamer, interpretar sempre foi, também, *aplicar* e que a tarefa da interpretação consiste em *concretizar* a lei em cada caso, ou seja, na sua *aplicação*[229] –, o método *normativo-estruturante* parte da premissa de que existe uma implicação necessária entre o *programa* normativo e o *âmbito* normativo, entre os preceitos jurídicos e a realidade que eles intentam regular, uma vinculação tão estreita que a própria *normatividade*, tradicionalmente vista como atributo essencial dos comandos jurídicos, parece ter-se evadido dos textos para buscar apoio fora do ordenamento e, assim, tornar eficazes os seus propósitos normalizadores.

Nesse sentido, ao discorrer sobre a *normatividade*, a *norma* e o *texto* da norma, Friedrich Müller dirá que a *normatividade* – pertencente à norma segundo o entendimento veiculado pela tradição – não é produzida pelo seu texto, antes resulta de dados extralinguísticos de tipo estatal-social; do funcionamento efetivo e da atualidade efetiva do ordenamento constitucional perante motivações empíricas em sua área de atuação; de fatores que, mesmo se o quiséssemos, não teríamos como fixar no texto da norma, no sentido da sua pertinência.

Mais ainda, continua Müller, não é o teor literal de uma norma (constitucional) que efetivamente regulamenta um caso concreto, mas sim o órgão legislativo; o órgão governamental; o funcionário da administração pública; os juízes e tribunais, enfim, todos aqueles que elaboram, publicam e fundamentam a decisão reguladora do caso, providenciando, quando necessário, a sua implementação fática, sempre de conformidade com o fio condutor da formulação linguística dessa norma (constitucional), e outros meios metódicos auxiliares que ajudam na sua concretização.

Mas não apenas isso comprova a não identidade entre norma e texto da norma. A não vinculação da normatividade a um teor literal fixado e publicado com autoridade, anota esse jurista, evidencia-se, também, pelo *direito consuetudinário*, cuja qualidade jurídica não se põe em dúvida, apesar de não se apresentar sob a forma de textos definidos por qualquer autoridade.

Além disso, conclui Müller, mesmo no âmbito do direito vigente a normatividade que se manifesta em decisões práticas não está orientada, linguisticamente, apenas pelo texto da norma jurídica concretizada; muito pelo contrário, todas as decisões são elaboradas com a ajuda de materiais legais, de manuais didáticos, de comentários e estudos monográficos, de precedentes e de subsídios do direito comparado, quer dizer, com a ajuda de numerosos textos que não são nem poderiam ser idênticos ao teor literal da norma e, até mesmo, o transcendem[230].

Dessa forma, na tarefa de *concretizar* a Constituição – porque, nesse domínio, pela estrutura aberta e indeterminada dos preceitos constitucionais, a interpretação, como procedimento retrospectivo, cedeu o lugar à prospectiva *concretização*[231] –, nesse mister, o aplicador do direito, para fazer justiça à complexidade e magnitude da sua tarefa, deverá considerar não apenas os elementos resultantes da interpretação do *programa* normativo, que é expresso no e pelo texto da norma, mas também aqueles elementos que decorram da investigação do seu *âmbito* normativo, que também pertencem à norma, e com igual hierarquia, enquanto representam o pedaço da realidade social que o programa normativo "escolheu" ou, em parte, criou para si, como espaço de regulação. Por isso, no dizer de Müller, o teor literal de qualquer prescrição de direito positivo é apenas a "ponta do *iceberg*"[232]; todo o resto, talvez a parte mais significativa, aquilo que o intérprete-aplicador deve levar em conta para *realizar* o direito, é constituído pelo seu âmbito de incidência ou *situação normada*, na feliz expressão de Reale[233].

Refletindo, igualmente, essa nova postura hermenêutica, Konrad Hesse – a quem se deve a mais sólida contribuição para o êxito dessa linha de pensamento – nos dirá que a interpretação constitucional é *concretização*; que precisamente aquilo que não aparece, de forma clara, como conteúdo da Constituição, é o que deve ser determinado mediante a incorporação da *realidade*, de cuja ordenação se trata; que o conteúdo da norma interpretada

só se torna completo com a sua interpretação e, assim, não pode realizar-se baseado apenas nas pretensões contidas nos textos – exigências que se expressam, via de regra, através de enunciados linguísticos –, ainda mais quando o enunciado dessas normas se mostrar genérico, incompleto e indeterminado; que, para dirigir a conduta humana em cada situação, a norma, mais ou menos fragmentária, precisa de *concretização*, o que só será possível se nesse processo forem levadas em consideração, junto ao contexto normativo, também as peculiaridades das concretas relações vitais, que essa norma pretende regular; e que, enfim, à vista disso tudo, o processo de realização das normas constitucionais não pode desprezar tais particularidades, sob pena de fracassar diante dos problemas que elas são convocadas a resolver[234].

7.3.6. Método da comparação constitucional

Reportando-se aos quatro "métodos" ou elementos desenvolvidos por Savigny – gramatical, lógico, histórico e sistemático –, Peter Häberle defende a "canonização" da comparatística como "quinto" método de interpretação, se não para o direito, em geral, ao menos e tendencialmente para a compreensão do moderno Estado constitucional, cuja *geografia jurídica* – como diria Marc Ancel[235] – demanda instrumentos de análise significativamente distintos dos métodos clássicos de interpretação[236].

Apesar das virtualidades dessa nova proposta hermenêutica e da indiscutível fecundidade do comparatismo para a compreensão de normas e sistemas jurídicos, e não apenas os de matriz constitucional – uma realidade evidenciada pela expansão e consolidação do direito comparado em todas as grandes *famílias jurídicas*[237] –, mesmo assim parece-nos forçado considerar essa ordem de estudos como critério ou método autônomo de interpretação constitucional.

Com efeito, sendo o direito comparado, essencialmente, um processo de busca e constatação de pontos comuns ou divergentes entre dois ou mais direitos nacionais[238] – uma tarefa que, nos domínios do direito constitucional, pressupõe o estudo separado, ainda que simultâneo, dos textos e contextos constitucionais em cotejo –, então parece lógico que, para compreender e, a seguir, poder confrontar os diferentes sistemas constitucionais, os comparatistas devam utilizar, inicialmente, os mesmos métodos de interpretação de que se valem os constitucionalistas, em geral,

sem o que não conhecerão aquilo que pretendem cotejar. Por isso é que, a nosso ver, a comparação – enquanto tal – não configura nenhuma proposta hermenêutica que se possa reputar independente, quer no âmbito filosófico, quer no estritamente jurídico. Quando muito, será um recurso a mais, entre tantos outros, a ser utilizado pelo intérprete da Constituição para otimizar o seu trabalho hermenêutico.

Abstração feita de notas específicas, que permitam apontar as poucas diferenças existentes entre os vários métodos de interpretação constitucional, impõe-se-lhes uma crítica, de ordem geral, como a que lhes dirigiu Böckenförde ao dizer que – exceção feita, talvez, às ideias de Friedrich Müller –, as demais propostas hermenêuticas acabam por degradar a normatividade da Constituição, um efeito perverso que não decorre de eventuais insuficiências ou imprecisões dos próprios métodos em si mesmos, mas antes da estrutura normativo-material da Constituição e da falta de ancoragem, evidente em todas essas propostas, numa *teoria da Constituição constitucionalmente adequada*, vale dizer, numa teoria da Constituição que tenha como ponto de partida a Constituição mesma e, como objetivo, a *realização* dos seus preceitos. Mais ainda, como todos os *concretizadores* proclamam que a norma não é o pressuposto, mas o resultado da interpretação, torna-se-lhes difícil, quase impossível, estabelecer *a priori o que é mesmo* a Constituição, para, em seguida, extrair do seu texto, aberto e indeterminado por natureza, significados que se possam considerar minimamente vinculantes. Noutras palavras, não se pode tomar como ponto de partida o "verdadeiro" sentido da Constituição, porque esse sentido é algo que só se revelará no final do processo de interpretação do texto constitucional[239].

Aqui, mais uma vez, como registra Böckenförde, evidencia-se a dependência recíproca entre objeto e método, do que resulta que toda discussão metodológica sobre interpretação constitucional implique, também e ao mesmo tempo, uma insuprimível discussão sobre os conceitos e teorias da Constituição; e, ainda, que as pré-decisões tomadas num desses âmbitos repercutam, necessariamente, sobre os outros[240].

Em suma, não dispondo de uma teoria da Constituição, que dê suporte e direção ao processo interpretativo, nem podendo *legalizar* (= reduzir à condição de lei) o texto da Constituição, para *fechá-lo* e, assim, facilitar a sua compreensão, todos os operadores constitucionais, em certa medida, se

veem perdidos no *labirinto* da interpretação e, tendo de escolher um dos caminhos, acabam seguindo aquele que lhes aponta a sua pré-compreensão. Esta, por sua vez, precisando racionalizar-se de antemão, se não para vencer, ao menos para reduzir os efeitos nocivos dos pré-juízos que lhe são congênitos, essa pré-compreensão como que devolve o intérprete para o mesmo labirinto do qual, ingenuamente, ele acreditava ter escapado... Embora não seja este o lugar para levar adiante semelhante discussão, registre-se que é dessa perplexidade, só aparentemente insuperável, que se alimentam os decisionismos hermenêuticos de índole autoritária, cuja *violência*, entretanto, poderá ser contida recorrendo-se à *força* do *melhor argumento*.

7.4. Princípios da interpretação constitucional

Finalmente, merecem comentários os chamados *princípios* da interpretação constitucional, os quais, à semelhança dos métodos interpretativos, também devem ser aplicados *conjuntamente*, pelas razões desenvolvidas a seguir.

Tais princípios, para a maioria dos autores, são os da *unidade da Constituição*, da *concordância prática*, da *correção funcional*, da *eficácia integradora*, da *força normativa da Constituição* e da *máxima efetividade*. Afora estes, apontam-se, ainda, embora não estejam ligados exclusivamente à exegese constitucional, o princípio da *proporcionalidade* ou *razoabilidade*, o da *interpretação conforme a Constituição* e o da *presunção de constitucionalidade das leis*, sendo o primeiro um princípio de ponderação, que se reputa aplicável ao direito, em geral, enquanto os dois últimos são utilizados essencialmente no controle de constitucionalidade das leis[241].

Antes de apreciarmos cada um desses princípios, impõe-se-nos fazer alguns registros, a título de advertência, sobre as dificuldades em dizer o que realmente eles significam; qual a sua função dogmática; como se desenvolve o jogo da sua aplicação; e, afinal, de que maneira podemos utilizá-los para equacionar concretamente os problemas da interpretação constitucional.

Nesse sentido, com apoio no já citado Böckenförde, deve-se esclarecer, desde logo, que esses princípios não têm caráter normativo, o que significa

dizer que eles não encerram interpretações de antemão obrigatórias, valendo apenas como simples tópicos ou pontos de vista interpretativos, que se manejam como argumentos – sem gradação, nem limite – para a solução dos problemas de interpretação, mas que não nos habilitam, enquanto tais, nem a valorar nem a eleger os que devam ser utilizados em dada situação hermenêutica[242]. É o mesmo que ocorre, por exemplo, na tópica jurídica, em que a falta de um critério para orientar a escolha entre os *topoi* em discussão é apontada, por todos os seus críticos, inclusive pelos mais cautelosos, como uma das carências básicas dessa proposta hermenêutica[243].

Quanto à sua função dogmática, deve-se dizer que embora os princípios da interpretação constitucional se apresentem como enunciados *lógicos* e, nessa condição, pareçam *anteriores* aos problemas hermenêuticos que, *afinal*, eles ajudam a resolver, em verdade e quase sempre funcionam como *fórmulas persuasivas*, isto é, como argumentos de que se valem os aplicadores do direito para justificar *pré-decisões* que, mesmo *necessárias* ou *convenientes*, mostrar-se-iam arbitrárias ou desprovidas de fundamento se não contassem com o apoio desses cânones interpretativos.

Não por acaso já se proclamou que a diversidade de métodos e princípios interpretativos potencializa a liberdade do juiz, a ponto de lhe permitir antecipar as decisões – à luz da sua pré-compreensão sobre o que é correto e justo em cada situação concreta – e só depois buscar os *fundamentos* de que precisa para dar sustentação discursiva a essas soluções, puramente *intuitivas*, num procedimento em que as conclusões escolhem as premissas, e os resultados selecionam os meios. Em síntese, como disse Frank, todo juiz sentencia antes e só depois, trabalhando "para trás", procura fundamentos que sustentem as suas decisões[244].

Pois bem, entre esses princípios *libertadores* da interpretação/aplicação do direito, em geral, merece destaque por seu alcance e fecundidade o postulado do *legislador racional*, um *topos* hermenêutico que embora não integre o elenco dos cânones da interpretação constitucional – até porque os precede e transcende –, para ela se mostra de fundamental importância.

Trata-se, como assinala Santiago Nino, de uma quase-hipótese, que se aceita dogmaticamente, sem submetê-la a nenhuma contrasteação fática ou comprovação empírica; de uma pauta normativa de aparência descritiva, por força de cujos *mandamentos* o jurista se obriga a interpretar o direito

positivo *como se* este e o legislador que o produziu fossem racionais, motivado pela certeza de que pagando esse preço poderá *extrair* do ordenamento jurídico, *otimizado* por aquele postulado, todas as *regras* de interpretação de que necessita para justificar qualquer decisão[245].

Noutras palavras, o jurista antropomorfiza a figura do legislador ideal e, desde logo, atribui-lhe os divinos predicados – ele é *singular, imperecível, único, consciente, finalista, onisciente, justo, onipotente, coerente, onicompreensivo, econômico, preciso* e *operativo* – "virtudes" de que precisa para otimizar a realida "caótica" em que consiste o direito positivo[246] e, por essa forma, preservar as valorações subjacentes às opções normativas, ocultando, por outro lado, a ideologia que as motivou[247].

Com efeito, se o legislador real é racional, sobretudo o legislador constituinte, não se podendo duvidar dessa premissa nem submetê-la a testes de refutação – porque nisso repousa a filosofia do Como-Se[248] –, impõe-se a conclusão *lógico-descritiva* de que o ordenamento jurídico, que o legislador racional institui à sua imagem e semelhança, também esse ordenamento ostenta tal predicado, com todas as suas benéficas consequências. Por isso, a título de exemplo, afirma-se categoricamente que no ordenamento não existem lacunas, nem redundâncias, nem contradições; que ele é preciso, finalista, operativo e dinâmico; e que, isso tudo somado, o jurista sempre tem condições de resolver os problemas de aplicação do direito dentro do próprio sistema jurídico e com os instrumentos de que este dispõe, sem necessidade de apelar para instâncias suprapositivas, como o desgastado *direito natural* ou a inefável *natureza das coisas*, entre outras abstrações, que lhe permitem *descobrir* saídas na exata medida em que debilitam a força de persuasão das soluções *inventadas.*

A simples referência a qualquer dessas máximas de interpretação – que são inferidas do postulado do *legislador racional* embora se apresentem como proposições descritivas do próprio direito positivo – parece suficiente para mostrar a fecundidade desse *topos* hermenêutico e o seu vínculo de paternidade com os chamados princípios da interpretação constitucional, os quais, em relação àquele postulado, podem ser considerados apenas subprincípios, a despeito de uma ou outra particularidade. Mesmo assim, é ilustrativo e conveniente formular alguns exemplos, em sede de interpretação especificamente constitucional, para mostrar como podemos extrair de cada uma daquelas proposições uma ou mais regras de

interpretação, que servem para o direito, em geral, e para o direito constitucional, em particular.

Dessarte, do postulado de que o ordenamento jurídico é *onicompreensivo*, *operativo* e *coerente*, extraem-se estas três regras de interpretação:

a) os preceitos da Constituição incidem sobre *todas* as relações sociais, seja regulando-as expressamente, seja assegurando aos seus "jurisdicionados" aqueles *espaços livres do direito* de que todos precisam para o pleno desenvolvimento da sua personalidade;

b) não existem normas *sobrando* no texto da Constituição, todas são vigentes e operativas, cabendo ao intérprete tão somente descobrir o âmbito de incidência de cada uma, em vez de admitir que o constituinte, racional também do ponto de vista econômico, possa ter gasto mais de uma palavra para dizer a mesma coisa; e,

c) não ocorrem *conflitos reais* entre as normas da Constituição, mas apenas conflitos aparentes, seja porque elas foram promulgadas conjuntamente, seja porque não existe hierarquia nem ordem de precedência entre as suas disposições.

Afora esses exemplos – que nos permitem apontar o princípio da *unidade da Constituição* como descendente direto do postulado do *legislador racional* e beneficiário das inúmeras virtudes que ele transmite a todos os seus herdeiros –, muitos outros ainda poderiam ser formulados para evidenciar quão estreitas são as relações de parentesco entre essa *inegabilidade* dogmático-jurídica e os diversos cânones da interpretação constitucional.

Quanto ao modo como se utilizam as regras da interpretação constitucional, também aqui se impõem algumas advertências de ordem geral sobre os problemas relativos ao seu manejo, sobretudo naquelas situações hermenêuticas em que diferentes cânones interpretativos, à primeira vista, mostrem-se igualmente aplicáveis, mas os respectivos resultados se evidenciem inconciliáveis. À luz do postulado do legislador racional – um legislador que, já se anotou, sendo coerente, não permite conflitos reais entre normas –, qualquer disputa entre critérios interpretativos é também (des)qualificada, desde logo, como um confronto meramente *aparente*, a ser resolvido pelo aplicador do direito, de quem se esperam soluções igualmente racionais[249].

Noutro dizer, se o objeto a ser interpretado – seja ele uma norma ou um

conjunto de normas – é algo que se considera racional por definição, então essa mesma racionalidade há de presidir o manejo dos princípios que regulam a sua interpretação. Em suma, tal como na aplicação dos princípios constitucionais, também aqui – e nisso vai certa desconfiança nos predicados demiúrgicos do legislador racional –, tem plena vigência a ideia de um *jogo concertado*, de restrições e complementações recíprocas, entre os cânones interpretativos eventualmente concorrentes, do qual resulta, ao fim e ao cabo, a sua mútua e necessária conciliação[250].

7.4.1. Princípio da unidade da Constituição

Segundo essa regra de interpretação, as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e de princípios, que é instituído na e pela própria Constituição. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, até porque – relembre-se o *círculo hermenêutico* – o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes.

Aceito e posto em prática esse princípio, o jurista pode bloquear o próprio surgimento de eventuais conflitos entre preceitos da Constituição, ao mesmo tempo que se habilita a desqualificar, como contradições meramente *aparentes*, aquelas situações em que duas ou mais normas constitucionais – com hipóteses de incidência à primeira vista idênticas e que só a interpretação *racional* evidenciará serem distintas – "pretendam" regular a mesma situação de fato.

Registre-se, ainda, que a rigor esse princípio compreende e dá suporte, se não a todos, pelo menos à grande maioria dos cânones da interpretação constitucional, porque ao fim das contas ele otimiza as virtualidades do texto da Constituição, de si naturalmente expansivo, permitindo aos seus aplicadores construir as soluções exigidas em cada situação hermenêutica.

7.4.2. Princípio da concordância prática ou da harmonização

Intimamente ligado ao princípio da unidade da Constituição, que nele se concretiza, o princípio da *harmonização* ou da *concordância prática* consiste, essencialmente, numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência

entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum[251].

Como a consistência dessa recomendação não se avalia *a priori*, o cânone interpretativo em referência é conhecido também como princípio da concordância *prática*, o que significa dizer que é somente no momento da aplicação do texto, e no contexto dessa aplicação, na *prática*, portanto, que se pode coordenar, ponderar e, afinal, conciliar os bens ou valores constitucionais em "conflito", dando a cada um o que for seu.

Essa *conciliação*, no entanto, é puramente formal ou principiológica, pois nas demandas reais só um dos contendores terá acolhida, por inteiro ou em grande parte, a sua pretensão, restando ao outro conformar-se com a decisão que lhe for adversa, porque esse é o desfecho de qualquer disputa em que – diferentemente do que acontece nas demandas que admitem transação – os desavindos não conseguem construir soluções negociadas[252].

Num conflito, por exemplo, entre a *liberdade de informação* e a *inviolabilidade da vida privada* – uma e outra igualmente garantidas pela Constituição –, se algum indivíduo, a pretexto de resguardar a sua intimidade, com ou sem razão, conseguir embargar a divulgação de determinada matéria, o veículo de comunicação acaso impedido de trazê-la a público terá preterido *por inteiro* o seu direito de informar, ao mesmo tempo em que, também *por inteiro*, a outra parte verá prevalecer a sua pretensão.

Em tese ou abstratamente considerado, ao final dessa hipotética demanda, restará intacto – até porque não foi abolido da Constituição –, o direito de informar e/ou obter informação, mas o mesmo não se poderá dizer quanto ao direito daquele veículo de comunicação que, em concreto, foi proibido de publicar a matéria objeto de interdição judicial. Na *prática* do texto, portanto, uma parte ganhou tudo e a outra tudo perdeu, resultado que afasta ou debilita a ideia de uma efetiva harmonização dos interesses em conflito quando as disputas se travam à luz de casos concretos.

Mesmo assim, impõe-se reconhecer que o princípio da concordância prática é um vetor hermenêutico de grande alcance e dos mais utilizados nas cortes constitucionais, inclusive em nosso STF, como atestam os repertórios de jurisprudência e as obras dos especialistas[253].

Dado que, de outra parte, a Constituição não ministra nem deve ministrar

critérios para essa harmonização – até porque ela também não hierarquiza os bens ou valores protegidos pelos seus preceitos[254] –, pode-se dizer que, afinal, toda e qualquer solução, apesar de muitas e respeitáveis opiniões em contrário, advirá mesmo é das ponderações ou valorações pessoais do intérprete, cujos acertos ou equívocos só a comunidade está em condições de julgar[255].

Não se trata, evidentemente, de nenhum bizarro *plebiscito hermenêutico*, nem muito menos de qualquer apreciação de natureza técnica ou processual, daquelas que realizam as instâncias a tanto legitimadas, mas de um juízo de adequação material entre o que decidem os intérpretes oficiais da Constituição – juízes ou tribunais, inclusive as cortes constitucionais – e aquilo que, em dado momento histórico, a própria sociedade considere correto e justo[256].

7.4.3. Princípio da correção funcional

Derivado, igualmente, do cânone hermenêutico da unidade da Constituição, que nele também se concretiza, o princípio da *correção funcional* tem por finalidade orientar os intérpretes da Constituição no sentido de que, instituindo a norma fundamental um sistema coerente e previamente ponderado de repartição de competências, não podem os seus aplicadores chegar a resultados que perturbem o esquema organizatório-funcional nela estabelecido, como é o caso da separação dos poderes, cuja observância é consubstancial à própria ideia de Estado de Direito.

A aplicação desse princípio tem particular relevo no controle da constitucionalidade das leis e nas relações que, em torno dele, se estabelecem entre a legislatura e as cortes constitucionais. Com efeito, tendo em vista, de um lado, a legitimação democrática do legislador e, de outro, a posição institucional desses tribunais como intérpretes supremos da Constituição, existe uma tendência, que até certo ponto se pode considerar natural, ao surgimento de *conflitos de interpretação* entre esses agentes políticos para saber quem, afinal, melhor interpreta o texto constitucional e, consequentemente, aos olhos da comunidade, merece densificar os seus poderes, obviamente sem agredir a Constituição.

A propósito, nunca é demais relembrar que mesmo nos mais acirrados embates travados com o governo e a legislatura – quando as cortes constitucionais, não raras vezes, parecem ultrapassar os limites das suas

atribuições como instâncias de mera *aplicação* do direito –, mesmo nessas situações de crise ninguém jamais as acusou de agirem irracionalmente, com facciosismo ou predisposição, nem pôs em dúvida o respeito que elas devotam ao princípio da correção funcional, mesmo se convencidas de que, hoje, o princípio da separação dos poderes é um instrumento completamente inadequado para demarcar os confins da legitimidade na criação judicial do direito[257].

Embora se trate de um cânone hermenêutico desprovido de força normativa, como de resto o são todos os métodos e princípios de interpretação – até porque não existe uma *metarregra* das regras interpretativas ou qualquer preceito *supraconstitucional* que prescreva a adoção de determinado critério para a exegese da Constituição[258] –, nem por isso o princípio da *correção funcional* deixa de ser acatado pelos agentes políticos, em geral, dada a sua importância para o funcionamento das instituições. É que, divergências à parte – sobretudo nos momentos de crise –, tanto as Cortes Constitucionais quanto o Parlamento e o Executivo estão cansados de saber que só conseguirão resolver, duradouramente, as suas disputas se guardarem estrita *fidelidade* à Constituição[259].

7.4.4. Princípio da eficácia integradora

Considerado corolário da teoria da integração de Rudolf Smend[260], esse cânone interpretativo orienta o aplicador da Constituição no sentido de que, ao construir soluções para os problemas jurídico-constitucionais, procure dar preferência àqueles critérios ou pontos de vista que favoreçam a *integração social* e a *unidade política*, porque, além de criar certa ordem jurídica, toda Constituição necessita produzir e manter a coesão sociopolítica, como pré-requisito ou condição de viabilidade de qualquer sistema jurídico[261].

Em que pese a indispensabilidade dessa integração para a normalidade constitucional, nem por isso é dado aos intérpretes/aplicadores da Constituição subverter-lhe a letra e o espírito para alcançar esse objetivo a qualquer custo, até porque, à partida, a Lei Fundamental se mostra submissa a outros valores, desde logo reputados superiores – como a dignidade humana, a democracia e o pluralismo, por exemplo –, que precedem a sua elaboração, nela se incorporam e, afinal, seguem dirigindo a sua realização[262].

Precisamente por isso, afirma Gomes Canotilho, em síntese admirável, que o princípio do efeito integrador, como *tópico* argumentativo, não assenta numa concepção integracionista de Estado e da sociedade – conducente a reducionismos, autoritarismos, fundamentalismos e transpersonalismos políticos –, antes arranca da conflitualidade constitucionalmente racionalizada para conduzir a soluções pluralisticamente integradoras[263]. Outro não é o entendimento de Hesse a nos dizer que a unidade política – um dos fins básicos de toda Constituição – seria inimaginável sem a presença dos conflitos na convivência humana, porque são eles que impedem a rigidez e o estacionamento em formas superadas e representam – embora não apenas eles – a força motriz sem a qual não ocorreriam as transformações históricas; e porque a sua ausência ou supressão pode conduzir ao imobilismo, que supõe a estabilização do existente e sugere a incapacidade de adaptação às situações de mudança, disso tudo resultando ser importante não apenas que haja os conflitos, mas também que eles surjam constitucionalmente regulados e resolvidos[264].

7.4.5. Princípio da força normativa da Constituição

Reduzindo-o à sua expressão mais simples, poder-se-ia dizer que esse cânone interpretativo consubstancia um conselho – Friedrich Müller nos fala em *apelo*[265] – para que os aplicadores da Constituição, na solução dos problemas jurídico-constitucionais, procurem dar preferência àqueles pontos de vista que, ajustando historicamente o sentido das suas normas, confiram-lhes maior eficácia[266], o que faz todo o sentido porque, nos dias atuais, a Constituição deixou de ser um mero catálogo de competências à disposição do legislador, para se converter num conjunto de preceitos – princípios e regras – dotados de injuntividade imediata e diretamente aplicáveis por juízes e tribunais.

Considerando que toda norma jurídica – e não apenas as normas da Constituição – precisa de um mínimo de eficácia, sob pena de perder ou sequer adquirir a vigência de que depende a sua aplicação, impõe-se reconhecer que, ao menos sob esse aspecto, o princípio da *força normativa da Constituição* não encerra nenhuma peculiaridade da interpretação constitucional, em que pese a sua importância nesse domínio hermenêutico, um terreno onde, sabidamente, qualquer decisão, pelo seu efeito irradiante, ao mesmo tempo que resolve um problema constitucional em concreto,

projeta-se sobre o restante do ordenamento e passa a orientar a sua interpretação[267].

7.4.6. Princípio da máxima efetividade

Estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da Constituição, em relação ao qual configura um subprincípio, o cânone hermenêutico-constitucional da *máxima efetividade* orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o seu conteúdo.

De igual modo, veicula um apelo aos realizadores da Constituição para que em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem adensar os seus preceitos, sabidamente abertos e predispostos a interpretações expansivas.

Tendo em vista, por outro lado, que, nos casos concretos, a *otimização* de qualquer dos direitos fundamentais, em favor de determinado titular, poderá implicar a simultânea compressão, ou mesmo o sacrifício, de iguais direitos de outrem, direitos que constitucionalmente também exigem otimização – o que, tudo somado, contrariaria a um só tempo tanto o princípio da *unidade da Constituição* quanto o da *concordância prática* ou da *harmonização* –, impõe-se conciliar o princípio da *máxima efetividade* com essas e outras regras de interpretação, assim como compatibilizar, quando em estado de conflito, quaisquer bens ou valores protegidos pela Constituição.

7.4.7. Princípio da interpretação conforme a Constituição

Instrumento situado no âmbito do controle de constitucionalidade e não apenas uma simples regra de interpretação – como o STF enfatizou em decisão exemplar[268] –, o princípio da *interpretação conforme a Constituição* consubstancia essencialmente uma diretriz de prudência política ou, se quisermos, de política constitucional, além de reforçar outros cânones interpretativos, como o princípio da unidade da Constituição e o da correção funcional.

Com efeito, ao recomendar – nisso se resume este princípio – que os aplicadores da Constituição, em face de normas infraconstitucionais de múltiplos significados, escolham o sentido que as torne constitucionais e não aquele que resulte na sua declaração de inconstitucionalidade, esse cânone interpretativo ao mesmo tempo que valoriza o trabalho legislativo,

aproveitando ou conservando as leis, previne o surgimento de conflitos, que se tornariam crescentemente perigosos caso os juízes, sem o devido cuidado, se pusessem a invalidar os atos da legislatura.

Não por acaso, os clássicos do controle de constitucionalidade sempre apontaram – entre as *regras de bom aviso* ou *preceitos sábios*, que devem presidir, no particular, as relações entre os juízes e a legislatura –, o princípio da *presunção de constitucionalidade das leis*, a significar que toda lei, à partida, é compatível com a Constituição e assim deve ser considerada, até judiciosa conclusão em contrário; ou, mais precisamente, que a inconstitucionalidade não pode ser *presumida*, antes deve ser *provada*, de modo cabal, irrecusável e incontroverso[269].

Essa prudência, por outro lado, não pode ser excessiva, a ponto de induzir o intérprete a *salvar a lei à custa da Constituição*, nem tampouco a contrariar o seu sentido inequívoco, para constitucionalizá-la de qualquer maneira. No primeiro caso porque isso implicaria interpretar a Constituição conforme a lei e, assim, subverter a hierarquia das normas; no segundo, porque toda conformação exagerada implica, no fundo, usurpar tarefas legislativas e transformar o intérprete em legislador *positivo*, na exata medida em que a lei resultante dessa interpretação – conformadora só nas aparências – em verdade seria substancialmente distinta, em sua letra como no seu espírito, daquela que resultou do trabalho legislativo. Nesse sentido já dissemos, mais de uma vez, que o legislador tem o "direito" de fazer leis inconstitucionais, a que corresponde o poder-dever da magistratura de invalidá-las porque ofensivas à Constituição.

Afinal de contas, em sede de controle de constitucionalidade, como todos sabem, os tribunais devem comportar-se como legisladores *negativos*, anulando as leis contrárias à Constituição, quando for o caso, e jamais como produtores de normas, ainda que essa produção se faça por via interpretativa[270].

Modernamente, o princípio da *interpretação conforme* passou a consubstanciar, também, um mandado de otimização do *querer* constitucional, ao não significar *apenas* que entre distintas interpretações de uma mesma norma há de se optar por aquela que a torne compatível com a Constituição, mas também que, entre diversas exegeses igualmente constitucionais, deve-se escolher a que se *orienta para a Constituição* ou a que *melhor* corresponde às decisões do constituinte[271].

Nos últimos tempos, a pretexto de *otimizar* a Constituição, as Cortes Constitucionais vêm proferindo decisões de nítido caráter legislativo, o que lhes têm custado críticas acerbas, como veremos adiante, ao tratar dos limites da interpretação constitucional.

7.4.8. Princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade[272]

Utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das *restrições* de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na *concessão* de poderes, privilégios ou benefícios[273] – o princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom-senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, como princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico[274].

No âmbito do direito constitucional, que o acolheu e reforçou, a ponto de impô-lo à obediência não apenas das autoridades administrativas, mas também de juízes e legisladores, esse princípio acabou se tornando consubstancial à própria ideia de Estado de Direito pela sua íntima ligação com os direitos fundamentais, que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar. Essa interdependência se manifesta especialmente nas colisões entre bens ou valores igualmente protegidos pela Constituição, conflitos que só se resolvem de modo justo ou equilibrado fazendo-se apelo ao subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito*, o qual é indissociável da ponderação de bens e, ao lado da *adequação* e da *necessidade*, compõe a *proporcionalidade em sentido amplo*.

Assim resumidos, pode-se dizer, a título de conclusão pontual, que esses princípios revelam pouco ou quase nada do alcance, praticamente ilimitado, de que se revestem para enfrentar os desafios que, a todo instante, são lançados aos aplicadores da Constituição por uma realidade social em permanente transformação. Daí a necessidade, de resto comum a todos os instrumentos hermenêuticos, de que eles sejam manejados à luz de casos concretos, naquele interminável *balançar de olhos* entre objeto e método, entre realidade e norma, para recíproco esclarecimento, aproximação e

explicitação[275].

Como decantados da experiência hermenêutica ou, se preferirmos, da experiência jurídica em sentido amplo, deles se poderá afirmar o que disse Kriele sobre a interpretação dos enunciados normativos em geral: só na sua aplicação aos casos ocorrentes, e na concretização que assim necessariamente se processa, é que se revela todo o seu conteúdo significativo e eles cumprem a função de regular situações da vida[276].

Mais ainda, como tantas vezes assinalou Larenz, em razão do seu próprio manejo, esses parâmetros se ampliam a cada utilização porque é precisamente no processo de concretização mediante julgamento de casos que as pautas hermenêuticas adensam o seu conteúdo e/ou expandem a sua abrangência, tornando-se aptas para resolver novos problemas[277].

Noutras palavras, esses instrumentos hermenêuticos se regeneram a partir de si mesmos, pois a cada situação resolvida amplia-se o seu âmbito de incidência, servindo o último caso resolvido de precedente e ponto de partida para enfrentar novos desafios, o que, tudo somado, confirma a sentença de Holmes de que a vida do Direito não tem sido lógica e sim experiência[278].

7.5. Limites da interpretação constitucional

Embora este assunto possa ter aflorado em páginas anteriores, ao nos referirmos, ainda que de passagem, às chamadas mutações constitucionais, que examinaremos mais detidamente no tópico a seguir, mesmo assim impõe-se tratá-lo com autonomia, quando mais não seja para salientar que a questão dos *limites da interpretação* não é um problema próprio da hermenêutica jurídica, nem muito menos da interpretação especificamente constitucional, antes se colocando em todos os domínios da comunicação humana[279].

No âmbito jurídico, em geral, a ideia de se estabelecerem parâmetros objetivos para controlar e/ou racionalizar a interpretação deriva, imediatamente, dos princípios da *certeza* e da *segurança jurídica*, que estariam comprometidos se os intérpretes/aplicadores do direito, em razão da abertura e da riqueza semântica dos enunciados normativos, pudessem atribuir-lhes qualquer significado, à revelia dos cânones hermenêuticos e do

comum sentimento de justiça.

Nesse sentido, é de todo oportuna a observação de López Aguilar, a nos dizer que, hoje em dia, o direito constitucional já não é apenas o que prescreve o texto da Lei Maior, mas também a *bagagem de padrões hermenêuticos* desse bloco normativo incorporada na jurisprudência constitucional[280].

Por isso é que, mesmo admitindo que todo texto, em princípio, comporta mais de uma interpretação, Umberto Eco defende a existência de critérios que permitam verificar a sensatez dessas interpretações e rejeitar as que se mostrarem indubitavelmente erradas ou clamorosamente inaceitáveis[281]. Afinal de contas, como assinala Aarnio, no âmbito do Direito, o intérprete não pode pretender um resultado que só a ele satisfaça, até porque a interpretação jurídica é essencialmente um fenômeno social e, assim, deve alcançar um nível de aceitabilidade geral[282].

Em sede de hermenêutica constitucional, merecem especial registro as reflexões de Konrad Hesse, sobretudo porque, sem ladear os problemas semânticos e o papel da realidade nas *mutações constitucionais*, ele reafirma a importância do texto como algo firme e vinculante, a despeito da diversidade e da influência desses *complicadores* no processo de concretização constitucional. É que, normalmente, não parece tarefa impossível dizermos se determinada leitura é ou não compatível com o texto da Constituição, apesar da abertura dos seus enunciados e dos problemas de sentido que eles possam suscitar quando da sua interpretação[283].

Sobre o que seja realmente o texto constitucional, no entanto, o próprio Hesse mantém-se cauteloso, talvez porque reconheça, como Böckenförde e muitos outros, que um conteúdo normativo vinculante não se obtém de um texto normativo *marco*; que não é possível subordinar a interpretação a algo que ela mesma, afinal, irá produzir; ou, ainda, que sendo indeterminadas as normas objeto de exegese, o seu significado só se revelará ao termo da interpretação, para a qual, por isso mesmo, não pode servir de ponto de partida[284].

Em suma, embora entusiasta e pregador da *interpretação constitucional como concretização*, esse grande jurista se vê obrigado a admitir que a norma (= o que se extrai do texto) seja resultado e não pressuposto da interpretação, o que, enfim, explica o seu empenho – como doutrinador e,

sobretudo, como juiz constitucional –, em estabelecer alguns limites, mínimos embora, para a criatividade dos intérpretes da Constituição[285].

Afinal de contas, como lembra Cappelletti, uma coisa é a inevitável criação judicial do direito – no âmbito das causas e controvérsias em que se travam os *conflitos de interpretação* –, e outra, bem diversa, é aceitar que os juízes atuem como autênticos legisladores, olvidando aquelas *virtudes passivas* ou *limites processuais* que tão profundamente diferenciam os processos judiciais dos processos de natureza política, e que milênios de sabedoria humana consagraram em fórmulas lapidares, tais como *nemo judex in causa propria*, *nemo judex sine actore*, *ubi non est actio, ibi non est jurisdictio* e *audiatur et altera pars*, entre tantas outras de idêntica inspiração[286].

A experiência mais recente, no entanto, parece condenar ao esquecimento a concepção kelseniana do *legislador negativo*, tantas têm sido as decisões das Cortes Constitucionais – *e. g.* as diversas espécies de sentenças *normativas* – por via das quais, a pretexto de *otimizar* e/ou *realizar* a Constituição, esses supertribunais assumem nítida postura legislativa, criando normas de caráter geral e vinculante, como atestam a jurisprudência nacional e a estrangeira, esta em maior expressão[287].

Descrevendo esse estado de coisas no ordenamento jurídico italiano, um panorama de resto coincidente, no essencial, com o que já começa a ocorrer no Brasil, Riccardo Guastini ressalta que, em seu país, essa atividade legislativa heterônoma reveste-se da maior importância, sendo desenvolvida tanto pela Corte Constitucional quanto pela magistratura comum, o que evidencia tratar-se de uma prática generalizada, em que pese o velho dogma da separação dos Poderes em sentido forte[288].

No âmbito da Corte Constitucional, ele nos aponta as seguintes espécies de *interpretação conforme* ou de *adequação* das leis à Constituição, que, a rigor, configuram nítida criação judicial do direito:

1. decisões *interpretativas em sentido estrito*, compreendendo duas subespécies:

1.1. sentenças *interpretativas de rechaço*; e

1.2. sentenças *interpretativas de aceitação*.

2. decisões *manipuladoras*, compreendendo também duas subespécies:

2.1. sentenças *aditivas*; e

2.2. sentenças *substitutivas.*

No que respeita à magistratura ordinária, Guastini observa que a interpretação conforme ou de adequação ocorre sempre que, em qualquer processo, o juiz rechaça uma exceção de ilegitimidade constitucional, aduzindo que essa pretensão é manifestamente infundada, porque o dispositivo questionado é suscetível de interpretação conforme com a Constituição. Ademais, esclarece esse jurista italiano que tal procedimento é avalizado tanto pela Corte de Cassação quanto pelo Conselho de Estado e pela própria Corte Constitucional.

Quanto às espécies de decisões interpretativas em sentido estrito, ele nos diz que as sentenças *interpretativas de rechaço* são aquelas em que, diante de um dispositivo legal que admite duas interpretações – uma conforme e outra contrária à Constituição –, a Corte Constitucional declara infundada a questão de inconstitucionalidade, *sob a condição de que* se extraia do dispositivo sob exame uma norma compatível com a Constituição. Dessa maneira, o enunciado – *qua tale* – permanece válido, mas só poderá ser interpretado de maneira conforme à Constituição, o que significa dizer que, implicitamente, e sob pena de vir a considerá-la nula, a Corte proíbe que se dê ao citado dispositivo interpretação contrária à Constituição.

Já as sentenças *interpretativas de aceitação*, que acarretam a anulação de decisões submetidas à Corte Constitucional, são as que decorrem de julgados das instâncias ordinárias que optaram por interpretações ofensivas à Constituição, muito embora os dispositivos questionados comportassem a extração de normas compatíveis com a Lei Maior. Nesses casos, o Tribunal Constitucional declara que a questão de legitimidade constitucional tem fundamento e anula a interpretação escolhida pela magistratura comum, via de regra pela Corte de Cassação. Em suma, como resultado dessa decisão, a Corte Constitucional não anula o dispositivo *mal interpretado*, mas apenas uma das suas interpretações, dizendo que esse preceito é inconstitucional se interpretado de modo contrário à Constituição ou *na parte em que expressa uma norma inconstitucional.* Também nesse caso, prossegue Guastini, o preceito questionado continua válido, mas a norma extraída da sua interpretação inconstitucional é anulada em caráter definitivo e com eficácia *erga omnes.*

Quanto às chamadas decisões *manipuladoras* ou *normativas*, assim se consideram as sentenças de aceitação em que a Corte Constitucional não se

limita a declarar a inconstitucionalidade das normas que lhe são submetidas, mas, agindo como legislador positivo, modifica (= manipula) diretamente o ordenamento jurídico, adicionando-lhe ou substituindo-lhe normas, a pretexto ou com o propósito de adequá-lo à Constituição. Daí a existência das chamadas sentenças *aditivas* e *substitutivas*, como subespécies das decisões normativas ou manipuladoras.

Denominam-se sentenças *aditivas* aquelas em que a Corte Constitucional declara a inconstitucionalidade de uma disposição, *na parte em que não expressa determinada norma*, que deveria conter para ser compatível com a Constituição.

Via de regra, esse tipo de sentença decorre da aplicação do princípio da igualdade, naquelas situações em que alguma lei concede um benefício a certo grupo de pessoas, deixando de contemplar outros indivíduos que, ao ver da Corte, se encontram em igualdade de condições com os beneficiados. Nesses casos, o Tribunal declara inconstitucional a norma *na parte em que não confere o mesmo tratamento ao grupo por ela excluído*. Como, por outro lado, essa parte da norma não existe, até porque não integra formalmente o texto – e o texto é o *portador do significado*, como adverte Ricoeur[289] –, o que a Corte faz, em tese, é criar uma norma *autônoma*, que estende aos excluídos o benefício que antes fora concedido apenas aos indivíduos expressamente contemplados no texto/norma objeto de julgamento.

Daí se dizer, continua Guastini, que nesses casos, em rigor, a Corte não declara a inconstitucionalidade do texto/norma que delimita o universo dos seus beneficiários – o que lhes cancelaria o benefício sem concedê-lo aos demais –, mas sim a de outra norma, implícita, extraída do texto com o argumento *a contrario*, ou seja, daquela norma que nega o mesmo direito a indivíduos merecedores de idêntico tratamento. Isso só é possível – arremata esse mestre italiano –, porque se entende que a anulação de uma norma que nega determinado direito implica a concessão do direito por ela negado. Num verdadeiro malabarismo hermenêutico, a Corte cria a norma para, a seguir, anulá-la e, por essa forma tortuosa, afirmar a supremacia da Constituição.

Quanto às sentenças *substitutivas*, assim se consideram aquelas decisões em que a Corte declara a inconstitucionalidade de um preceito *na parte em que expressa certa norma em lugar de outra*, substancialmente distinta, que

dele deveria constar para que fosse compatível com a Constituição. Atuando dessa maneira, a Corte não apenas anula a norma impugnada, como também a substitui por outra, essencialmente diferente, criada pelo próprio tribunal, o que implica a produção heterônoma de atos legislativos ou de um *direito judicial*, como o denomina Prieto Sanchís[290], para quem tais normas já nascem enfermas porque desprovidas de fundamento democrático. Apesar dessa ressalva, esse mesmo jurista pondera que, embora os juízes não ostentem uma *legitimidade de origem*, de que desfruta o Parlamento por força de eleições periódicas, é de se reconhecer à magistratura uma *legitimidade de exercício*, de resto passível de controle pela crítica do seu comportamento.

Diante desse quadro, não soa descabida a advertência de que estamos caminhando para uma onipotência judicial ou, se preferirmos, para um novo *governo dos juízes* ou um Estado *judicial* de direito, em que as grandes decisões políticas, como já acentuado, vão se deslocando do âmbito do Legislativo e do Executivo para o do Poder Judiciário.

Ilustrativo desse *judiciarismo* é o fato de que, em alguns países centrais, ao mesmo tempo em que as Cortes Constitucionais controlam o Poder Legislativo, e os Tribunais de Contencioso Administrativo monitoram as ações do Poder Executivo, as Cortes de Cassação impõem a sua visão do direito aos demais órgãos do Poder Judiciário – como ressalta Alfonso Figueroa, citando Guastini[291] – e tudo isso no âmbito de uma estrutura fechada e fortemente hierarquizada[292], o que nos sugere comparar essa nova ordem jurídica a um modernista edifício judicial, de linhas ousadas, construído sobre os escombros da antiga pirâmide normativa de Kelsen[293].

Diante de tudo quanto foi exposto, parece plenamente justificada a assertiva de Rubio Llorente, inicialmente referida, sobre a importância da *doutrina da interpretação* para a Teoria da Constituição e do Direito Constitucional, assim como para a Teoria do Estado e, até mesmo, para a própria Teoria do Direito, na medida em que os traços fundamentais do chamado *novo constitucionalismo*, a depender do ponto de vista em que os encaremos, podem ser tanto causa como consequência da interpretação constitucional.

8. Mutação constitucional: conceito, espécies e limites

8.1. Conceito de mutação constitucional

Assim como o problema dos limites da interpretação não se coloca, com exclusividade, nos domínios da hermenêutica jurídica, também o tema das mutações normativas, ou seja, das alterações do sentido dos enunciados, conservando intacta a sua roupagem verbal, não configura nenhum "privilégio" dos textos constitucionais, antes pertencendo aos preceitos jurídicos em geral. A propósito, não se deve esquecer que a *Semântica Jurídica* outra coisa não é senão um capítulo ou setor da Semântica Geral, em cujo âmbito se estudam, sem demarcação de fronteiras, as "mudanças ou translações sofridas, no tempo e no espaço, pela significação das palavras"[294].

Ademais, se a *textura aberta* é característica da linguagem normativa *tout court*, e não apenas do linguajar do direito, também careceria de sentido cogitar da existência de um "falar" tipicamente constitucional, que legitimasse a ocorrência de mutações nos enunciados da Constituição não encontráveis igualmente nos falares vigentes noutros ramos do direito, em que pese reconhecer-se que – por sua natureza e função –, os textos constitucionais são necessariamente mais *abertos* do que aqueles que veiculam os demais comandos jurídicos.

Assentadas essas premissas, as mutações constitucionais nada mais são que as alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação, tal qual nos ensina Reale, com a profundidade e a elegância de costume:

> Leis há (e estamos aqui dando preferência ao estudo das leis ou normas legais, apenas pela facilidade de exposição, *sendo, no entanto, as observações válidas para todas as espécies de normas jurídicas*), sem dúvida, que, durante todo o período de sua vigência, sofrem pequenas alterações semânticas, mantendo quase intocável a sua conotação originária. Isso ocorre quando não se verifica mudança de relevo na *tábua dos valores sociais*, nem inovações de monta no concernente aos *suportes fáticos.*

Muitas e muitas vezes, porém, as palavras das leis conservam-se imutáveis, mas a sua acepção sofre um processo de erosão ou, ao contrário,

de enriquecimento, em virtude da interferência de fatores diversos que vêm amoldar a letra da lei a um *novo espírito*, a uma imprevista *ratio juris*, que atribui nova direção aos enunciados jurídicos. Tais alterações na semântica normativa podem resultar:

a) do impacto de *valorações* novas, ou de mutações imprevistas na hierarquia dos valores dominantes;

b) da superveniência de *fatos* que venham modificar para mais ou para menos os *dados* da incidência normativa;

c) da intercorrência de outras normas, que não revogam propriamente uma regra em vigor, mas interferem no seu campo ou linha de interpretação; e

d) da conjugação de dois ou até dos três fatores acima discriminados"[295]. (apenas os grifos são nossos)

Vistas sob essa perspectiva, portanto, as mutações constitucionais são decorrentes – nisto residiria a sua especificidade – da conjugação da *peculiaridade* da linguagem constitucional, polissêmica e indeterminada, com os *fatores externos*, de ordem política, econômica, social e cultural, que a Constituição – pluralista por antonomásia –, intenta regular e que, dialeticamente, interagem com ela, produzindo leituras sempre renovadas das mensagens enviadas pelo constituinte.

8.2. Espécies de mutação constitucional

Analisada à luz das suas causas, pode-se dizer, com Dau-Lin, que a mutação constitucional é um *estado de incongruência* entre as normas constitucionais, por um lado, e a realidade constitucional, por outro, e que essa anomalia é provocada:

a) mediante uma prática estatal que não viola formalmente a Constituição;

b) pela impossibilidade de se exercerem certos direitos estatuídos constitucionalmente;

c) por uma prática estatal contraditória com a Constituição; ou, ainda,

d) através de interpretação, situação de anormalidade que se normaliza ou se ultrapassa no curso da própria práxis constitucional[296].

8.3. Limites da mutação constitucional

Da mesma forma que a questão dos limites da interpretação dos enunciados jurídicos não constitui problema específico da hermenêutica jurídica, antes se colocando, como já observamos, em todos os campos da comunicação humana, o mesmo se poderá dizer no tocante aos limites da mutação constitucional, os quais, antes de se porem como problema específico dos realizadores da Constituição, suscitam controvérsias entre os operadores do direito, em geral, dado que quaisquer textos – e não apenas os textos jurídicos – estão expostos à ação do tempo, que neles atua para consolidar, modificar ou, até mesmo, sepultar de vez alguns dos seus múltiplos significados. Não apenas os textos das constituições – observa Loewenstein –, mas tudo o que vive participa do *panta rhei* heraclitiano da eterna transformação[297].

No caso específico das Cartas Políticas, essas novas compreensões da fala constitucional mais não fazem do que exprimir o modo como os seus operadores, imersos em concretas situações hermenêuticas, vão transformando o direito legislado em direito interpretado, a compasso das alterações ocorridas no prisma histórico-social de concretização dos mandamentos constitucionais. Por isso, se por mutação constitucional se entender, apenas, a alteração do sentido de um texto em razão da modificação do contexto, então se pode afirmar que, a rigor, não há diferença substancial entre limites da interpretação constitucional e limites da mutação constitucional, porque não existe diferença entre mutações constitucionais e variações de interpretações constitucionais, não passando esses dois pares de expressões de vocábulos distintos com que nos referimos a uma só e mesma coisa, ou seja, às *novas leituras* – novas leituras, nada mais que isso – de um mesmo texto constitucional, em decorrência de uma causa comum, isto é, das transformações da realidade constitucional subjacente. Duas realidades, e não apenas duas quantidades, iguais a uma terceira, são iguais entre si. O mesmo não se poderá dizer, no entanto, se considerarmos que as transições ou mutações constitucionais são fenômenos muito mais complexos, decorrentes de múltiplos fatores, e não simples modificações de significado de textos que, apesar disso, permanecem intactos em sua primitiva configuração verbal, como explicado por Gomes Canotilho em frase lapidar – “muda o sentido sem

mudar o texto[298]".

Assentadas essas premissas, é de ter presente, também como problema de ordem geral e não apenas da experiência constitucional, em particular, a questão da legitimidade das mutações normativas, na medida em que, por exemplo, assim como no terreno da linguística a atribuição de novos significados a uma palavra equivale à criação de palavras novas[299], também no âmbito do Direito novas leituras de um texto velho implicam a criação de outras ordenações de conduta, dada a substancial distinção entre texto e norma, hoje tranquilamente aceita[300].

Por isso é que todos os juristas, e não apenas os intérpretes/aplicadores da Constituição, quando analisam os processos informais de criação do direito por via interpretativa, advertem, à partida, que uma coisa são as leituras que, mesmo novas, ainda se mantenham no espectro dos significados aceitáveis de um texto jurídico, e outra, bem distinta, são as criações arbitrárias ou sub-reptícias de novos preceitos, mediante interpretações que ultrapassam o sentido literal possível dos enunciados jurídicos e acabam por transformar os seus intérpretes em legisladores sem mandato.

Externando essa preocupação, Gomes Canotilho afirma que muito embora não se deva entender a Constituição como um texto estático e rígido, completamente indiferente às alterações da realidade constitucional – uma Carta Política textualmente cristalizada, diria António Cortês[301] –, isso não significa entregar o seu texto à discrição dos intérpretes/aplicadores, liberando-os para leituras que, realizadas à margem ou além da fala constitucional, acarretem alterações não permitidas pela Constituição[302].

O tema, que preocupa os juristas, em geral, assume especial relevo entre os que trabalham com a Constituição, porque, em razão do efeito irradiante da interpretação constitucional, mesmo as leituras arrevezadas do seu texto se espraiam por todo o ordenamento jurídico e nele provocam estragos, pelo menos até que sejam retiradas de circulação.

Levadas a tais extremos, ou aceitas sem maior cuidado pela lei do menor esforço – afinal, todos sabem que novas interpretações, assim como as chamadas recepções, são formas abreviadas de criação do direito –, essas mutações constitucionais acabam afetando o *núcleo duro* das constituições, aquele conteúdo essencial que as próprias cartas políticas, para não perder a identidade, cautelosamente protegem contra tudo e contra todos, mas, em especial, contra as tentações dos reformadores de plantão. Daí a existência

das chamadas *cláusulas pétreas* ou garantias de eternidade, como as da Constituição brasileira, cujo art. 60, § 4º-, estatui/adverte, peremptoriamente, que não será objeto de deliberação, *sequer de deliberação*, qualquer proposta de emenda *tendente* – isso mesmo, apenas *tendente* – a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.

Pois bem, em que pese ao teor desse comando e de outros semelhantes, acaso existentes noutras constituições, o fato é que, mesmo reputadas *cláusulas pétreas*, essas disposições não falam por si, dependentes, que são, como todas as palavras, da compreensão dos seus usuários – no jogo de linguagem de que participam[303] –, sejam esses usuários os cidadãos comuns, que no cotidiano da sua existência realizam a Constituição, ou os destinatários oficiais dessas disposições – legisladores, juízes e autoridades administrativas –, cuja fidelidade à Carta Política é imprescindível para a proteção do seu *núcleo essencial*. Não por acaso, ao instituir o Supremo Tribunal Federal, a nossa Constituição se entregou, por inteiro, à *guarda* dessa Corte, mesmo sabendo – ou porque o soubesse – que a sua *integridade* dependeria, exclusivamente, da dignidade dos seus juízes, porque de armas eles não dispõem, e que guardar a Constituição não é protegê-la contra a ação do tempo – o que a faria definhar e morrer –, mas fazê-la funcionar e reagir diante das provocações sociais, testando ao limite a sua força normativa, para ver se os seus comandos ordenam, efetivamente, o processo político ou não passam de simulacros de Constituição.

9. Diretrizes para uma interpretação estrutural dos modelos jurídicos

Adotada essa perspectiva *integradora* da atividade hermenêutica, uma abordagem que, de resto, decorre da unidade essencial da experiência jurídica, ganham relevo as reflexões de Miguel Reale sobre as diretrizes de uma *interpretação estrutural*, cujas notas distintivas esse mestre sistematizou em conferência de homenagem ao septuagésimo aniversário de nascimento de Luis Recaséns Siches[304].

Considerando que o ordenamento jurídico é uma totalidade orgânica em perene dinamismo; que as regras de direito, como todo produto histórico-cultural, encerram um motivo e um sentido consubstanciadores de certa *intencionalidade*; e que, diante da correlação essencial entre *ato normativo* e *ato hermenêutico*, lhe parecia absurdo ter-se de optar entre dois termos que são *complementares* – o propósito inicial da lei e a sua possível adequação a valores e fatos supervenientes, Reale sustentou que chegara a hora de reformular a tradicional compreensão da experiência normativa, para deixar de entendê-la como estrutura lógico-formal e passar a vivenciá-la *em termos retrospectivos de fontes e prospectivos de modelos.*

Pois bem, em razão dessa nova compreensão da experiência normativa, operaram-se radicais mudanças nos domínios da hermenêutica jurídica, abandonando-se os antigos métodos e critérios de interpretação – que aprisionavam o aplicador do direito à estrita literalidade da lei –, para se adotar pautas axiológicas mais amplas e flexíveis, não raro indeterminadas, que permitissem aos operadores do direito ajustar os modelos jurídicos às necessidades de um mundo cada vez mais *complexo* e, por isso mesmo, cada vez menos propício a toda forma de *arrumação*[305].

Na esteira dessa *viragem hermenêutica*, mesmo sob o risco de se comprometerem os valores da estabilidade e da segurança jurídicas, alguns dos autodenominados juristas *críticos* – muitos deles ideólogos sem consciência dialética, que não conseguem apreender a *síntese* dos contrários, até porque os assemelham aos contraditórios – chegaram a sugerir, sem maior exame, que simplesmete trocassem a *interpretação* da lei pela *concretização* do direito e as *inegabilidades* dogmáticas pelas *aporias* (u)tópicas[306].

Nesse contexto de crise, as *diretrizes* para uma interpretação estrutural da experiência jurídica – no modo como apresentadas por Miguel Reale – consubstanciam inegavelmente o mais completo inventário crítico das diferentes contribuições que foram sendo incorporadas à hermenêutica jurídica, um balanço a tal ponto abrangente que logrou retratar quase todas as correntes da teoria jurídica contemporânea, no particular aspecto das *respostas* que os juristas-filósofos entenderam adequadas para o problema do compreender enquanto dimensão essencial da existência humana[307].

Pela importância dessas diretrizes, por sua forma lapidar e para evitar sínteses deformadoras, vale a pena transcrevê-las integralmente, à guisa de

fecho para esta parte das nossas reflexões:

- a interpretação das normas jurídicas tem sempre caráter *unitário*, devendo as suas diversas formas ser consideradas momentos necessários de uma unidade de compreensão (*unidade do processo hermenêutico*);
- toda interpretação jurídica é de natureza axiológica, isto é, pressupõe a valoração objetivada nas proposições normativas (*natureza axiológica do ato interpretativo*);
- toda interpretação jurídica dá-se necessariamente num contexto, isto é, em função da estrutura global do ordenamento (*natureza integrada do ato interpretativo*);
- nenhuma interpretação jurídica pode extrapolar da estrutura objetiva resultante da significação unitária e congruente dos modelos jurídicos positivos (*limites objetivos do processo hermenêutico*);
- toda interpretação é condicionada pelas mutações históricas do sistema, implicando tanto a *intencionalidade* originária do legislador quanto as exigências *fáticas* e *axiológicas* supervenientes, numa compreensão global, ao mesmo tempo retrospectiva e prospectiva. (*natureza histórico-concreta do ato interpretativo*);
- a interpretação jurídica tem como pressuposto a recepção dos modelos jurídicos como *entidades lógicas*, isto é, válidos segundo exigências racionais, ainda que a sua gênese possa revelar a presença de fatores alógicos (*natureza racional do ato interpretativo*);
- a interpretação dos modelos jurídicos não pode obedecer a puros critérios de Lógica formal, nem se reduzir a uma análise linguística, devendo desenvolver-se segundo exigências da *razão histórica* entendida como razão problemática (*problematicismo e razoabilidade do processo hermenêutico*);
- sempre que for possível conciliá-lo com as normas superiores do ordenamento jurídico, deve preservar-se a existência do modelo jurídico (*natureza econômica do processo hermenêutico*);
- entre várias interpretações possíveis, optar por aquela que mais corresponda aos valores éticos da pessoa e da convivência social (*destinação ética do processo interpretativo*);
- compreensão da interpretação como elemento constitutivo da visão global do mundo e da vida, em cujas coordenadas se situa o *quadro*

normativo objeto de exegese (*globalidade de sentido do processo hermenêutico*)[308].

Rigorosamente, salvo algum particularismo irrelevante, que, por isso mesmo, não mereceu registro nesse precioso inventário, aí se encontram resumidas as contribuições de maior importância para o avanço da hermenêutica jurídica, um avanço que só foi alcançado porque se integraram, com enriquecimento mútuo, as reflexões dos filósofos e dos cientistas do direito sobre a experiência jurídica em geral.

10. Conclusão

Reconhecido e proclamado, no âmbito da filosofia, o caráter *paradigmático* da hermenêutica jurídica para as ciências do espírito[309], e, nos domínios do direito, o caráter nuclear e seminal do *conhecimento* da Constituição para todos os saberes jurídicos, parece lícito dizer-se, à moda de conclusão, que a hermenêutica constitucional transformou-se na *teoria do conhecimento* jurídico ou, se preferirmos, no *conhecimento do conhecimento* do direito[310], porque incumbe a ela – *ciência de si mesma*[311] – a supertarefa de interpretar as diferentes interpretações do fenômeno jurídico[312], a partir da análise crítica das múltiplas *leituras* da lei fundamental e dos vários *mundos constitucionais* que podem emergir dessas leituras[313].

1 Doutor em Direito – UnB. Advogado. Professor de Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

2 REALE, Miguel. *Estudos de filosofia e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 72-82.

3 LLORENTE, Francisco Rubio. *Prólogo* à obra *La interpretación de la Constitución.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. XVII.

4 Sobre a *explicação*, em geral, ver, por todos, BAKKER, Gerald; CLARK, Len. *La explicación una introdución a la filosofía de la ciencia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

5 DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1959. v. II, p. 72. Em sentido contrário, i.e., reconhecendo que a validade das normas jurídicas depende da sua eficácia, merece registro esta passagem de Kelsen, apesar ou por causa das críticas antipositivistas de todos os seus adversários: "(...) não pode negar-se que uma ordem jurídica como um todo, tal como uma norma jurídica singular, perde a sua validade quando deixa de ser eficaz". KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1962. v. II, p. 40-42.

6 REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963. p. 72.

7 Sobre a *compreensão* como método próprio das ciências humanas, ver, por todos, DILTHEY, Wilhelm. *Introducción a las ciencias del espíritu*. Madrid: Revista de Occidente, 1956, e *Origens da hermenêutica*, In: *Textos de hermenêutica*. Porto: Rés, 1984. p. 149-203.

8 BACHELARD, Gaston. *A epistemologia*. Lisboa: Edições 70, 1984. p. 139.

9 RICOEUR, Paul. Explicar e compreender. In: *Do texto à acção.* Porto: Rés, s/d. p. 164; e Interpretação e/ou argumentação. In: *O justo*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v. 1, p. 172.

10 *La teoria egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964. p. 78-79.

11 RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1961. v. I, p. 274. Cf., do mesmo Radbruch, estas passagens, relembradas por Josef Esser. In: *Princípio y norma*, Barcelona: Bosch, 1961. p. 329, Nota 96: "O sentido supra-histórico de uma obra do espírito é recriado a cada geração"; "A história de uma ideia jurídica não chega ao seu fim... pelo fato de ter sido concretizada em uma lei, a história ulterior de suas diversas interpretações ... não é somente a história das errôneas maneiras de entendê-la".

12 Para uma visão crítica do que considera equívocos e exageros das explicações *dialéticas* do desenvolvimento da razão, cf. POPPER, Karl. Que é a dialética. In: *Conjecturas e refutações*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1972. p. 342-365.

13 GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método.* Salamanca: Sígueme, 1993. v. I, p. 613.

14 FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *El debate filosófico sobre hermenéutica jurídica*. Valladolid: Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones, 1995. p. 96 e 115.

15 RUIZ, Francisco Lopez. *Fuentes del derecho y ordenamientos jurídicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. p. 38.

16 *Apud* Karl Larenz. In: *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1978. p. 396.

17 DE PAGE, Henri. *De l'interprétation des lois*. Bruxelas: Swinne (reimpressão), 1978. p. 60; ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en la ciência jurídica actuales*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1968. p. 331.

18 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1989. p. 251, 264/265 e 352.

19 Gadamer Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 71; Reale, Giovanni & Antiseri, Dario. Hans-Georg Gadamer e a teoria da hermenêutica, *in História da Filosofia*. São Paulo: Edições Paulinas, vol. III, 1991, p. 630; Eco, Umberto. *Semiótica e filosofia da linguagem*. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 243; Lamego, José. *Hermenêutica e jurisprudência*. Lisboa: Fragmentos, 2000, p. 182 e nota 12. Sobre abertura/mudança/controvérsias/conflitos/correções de entendimento, no âmbito da hermenêutica jurídica, ver, por exemplo, a *Súmula 343 do STF*: "Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de *interpretação controvertida* nos tribunais". "Ainda que a jurisprudência do STF venha a fixar-se em sentido contrário, não cabe a ação rescisória (RE 91.369)." Rosas, Roberto. *Direito sumular*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 146-47.

20 El substrato filosófico de los métodos interpretativos. In: *Revista Universidad,* n. 6, jun./1940, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fé, Argentina, 1940. p. 77-78.

21 SICHES, Luís Recaséns. Análise dos fatores da produção e da transformação do direito e forças sociais que atuam sobre a legislação. In: *Tratado de Sociologia*. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1965. v. 2, p. 713-718 e 725-730, respectivamente.

22 SEGADO, Francisco Fernández. La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (Modelo Americano – Modelo Europeo-Kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional. In: *Direito Público*. Brasília-Porto Alegre: Instituto Brasiliense de Direito Público/Síntese, v. 2, out./nov./dez/2003. p. 77. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito,* cit., v. I, p. 2-7.

23 REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito* - Para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 70.

24 CAPPELLETTI, Mauro. O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais. In: *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, vol. 3, 1961. p. 38. Embora desprovidos de mandato político para o desempenho dessas *novas* funções, os tribunais constitucionais lograram compensar a congênita falta de legitimidade do seu ativismo judicial com uma espécie de *legitimação pelo procedimento*, comprovando a tese de Lúcio Bittencourt de que "*a interpretação é parte integrante do processo legislativo*" (*Revista do Serviço Público*, ano V, dez. 1942, v. IV-n. 3, p. 121-127).

25 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 44-45, 216, 233 e 236.

26 SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 120; IBÁÑEZ, P. Andrés. La justicia en el Estado de derecho y la crisis del Estado social. In: *Justicia/Conflicto*. Madrid: Tecnos, 1988. p. 120.

27 DÍAZ, Elias. Curso de filosofía del derecho: Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 110.

28 Nos alvores da República, quando do julgamento do célebre pedido de *habeas corpus* em favor dos perseguidos políticos de Floriano Peixoto, Rui Barbosa, invocando a doutrina norte-americana, assim definiu a posição do STF no jogo dos poderes do Estado: "Intérprete final da Constituição (Dicey), o Supremo Tribunal Federal é, pois, o último juiz da sua própria autoridade (Cooley)*".* Cf. Edgard Costa, *Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964. p. 22, v. 1.

29 Sobre essas denominações críticas, cf., por todos, SIMON, Helmut. La jurisdicción constitucional. In: BENDA, Ernesto et al. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 838.

30 A frase, frequentemente citada, é referida por Antonio Carrillo Flores, em seu *Prólogo* à edição espanhola da obra de Charles Evans Hughes − *The Supreme Court of the United States. Its Foundation, Methods and Achievements. An Interpretation* publicada em 1946, pela editora Fondo de Cultura Económica, com o título *La Suprema Corte de Estados Unidos*.

31 SOLER, Sebastián. *Interpretación de la ley*. Barcelona: Ariel, 1962. p. 89-90.

32 WOLFE, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional.* Madrid: Civitas, 1991. p. 26-27: "Una defensa posible para un poder judicial en expansión es, simplemente, la satisfacción con sus resultados. La prueba del pastel está en su sabor, argumentan los defensores del Tribunal moderno, y el activismo judicial cualquiera que sea su receta há producido mucho bien y poco mal".

33 Cf., entre outros, MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996; SOUSA E BRITO, J. et al. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. VILLALÓN, Pedro Cruz. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987; FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales.* Barcelona: Ariel, 1994. FAVOREU, Louis et al. *Tribunales constitucionales europeos y derechos*

fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984.

34 CAMPOS, Francisco. O Poder Judiciário na Constituição de 1937. In: *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. p. 367.

35 BRÉAL, Michel. *Essai de sémantique* – Science des Significations. Paris: Hachette, 1913. p. 146: "Une nouvelle acception équivaut à un mot nouveau. Ce qui le prouve, c'est le précepte – nullement artificiel, mais au contraire confirmé par le sentiment general – qu'il faut répéter le mot s'il est pris sucessivement en deux sens différents".

36 DÍAZ, Elias. *Curso de filosofía del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 22.

37 ORTEGA, Manuel Segura. *La racionalidad jurídica*. Madrid: Tecnos, 1998. p. 84.

38 Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia*, ed. de 1978, cit., p. 366-370.

39 GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México: Porrúa, 2000. p. 99.

40 REALE, Miguel. Gênese e vida dos modelos jurídicos – Problemas de semântica jurídica. In: *O direito como experiência.* São Paulo: Saraiva, 1968. p. 209/218.

41 Cf. Lúcio Bittencourt que, no início dos anos 40, já dizia que a interpretação – leia-se, *interpretação-aplicação* – integra o processo legislativo. A interpretação como parte integrante do processo legislativo. *Revista do Serviço Público*, ano V, dez./42, vol. IV, n. 3, p. 121-127.

42 Cf. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, de Theotonio Negrão, uma obra que é relançada todos os anos − a 41-ª edição é de 2009 −, sob aplausos gerais, entre outras razões, porque indica as variações de jurisprudência – *pró* e *contra* – em torno de um mesmo texto de lei.

43 Cf. JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 7: "Por *reforma* de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionadas. Y por *mutación* de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación" (destaques nossos). Ver, também, BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1997.

44 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 10.

45 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1102.

46 Para uma visão atualizada do problema em relação à Corte Constitucional da Alemanha, ver HÄBERLE, Peter. O recurso de amparo no sistema germânico de justiça constitucional. In: *Direito público*. Brasília-Porto Alegre: Instituto Brasiliense de Direito Público/Síntese, v. 2, out./nov./dez. 2003, p. 86-87.

47 MORIN, Gaston. *La révolte du droit contre le Code*. Paris: Sirey, 1945. p. 4.

48 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito,* 1978, cit., p. 396.

49 LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1990. p. 254.

50 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo, Saraiva, 1982. p. 594; *Teoria tridimensional do direito:* Situação Atual. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 113; e *Fontes e modelos do direito*, cit., p. 33.

51 KAUFMANN, Arthur. Panorámica histórica de los problemas de la filosofia del derecho. In: *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Editorial Debate, 1992. p. 49; FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna, *El debate*, cit., p. 92.

52 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 91, v. II.

53 *Idem*. *Ensaio e discurso sobre a interpretação-aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 72.

54 A expressão *balançar de olhos*, introduzida no debate hermenêutico por Karl Engisch, foi acolhida por Larenz, Hruschka, Henke e Kriele, entre outros, mas ironizada por Esser, para quem desse "pendular sem fim" nada de direito se pode "retirar em conclusão" se não é possível, pela pressuposição de um fundamento valorativo, indicar os critérios que permitam dirigir o movimento do pêndulo para uma "determinada subsunção". ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Gulbenkian, 1988. p. 110 e 150. [Anotações 5 e 3, respectivamente]

55 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, ed. de 1989, cit., p. 323; ed. de 1997, cit., p. 147.

56 *Metodologia da ciência do direito*. ed. de 1978, cit., p. 323, 355 e 396-398; FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *El debate*, cit., p. 112: "La aplicación se integra a la perfección con los demás momentos comprensivos que la precedieron. La hermenéutica ha recuperado la antigua unidad sistemática entre legislar, interpretar y aplicar, mostrando la continuidad indisociable de esos momentos, bajo la unidad que les confiere el ser partes del único proceso de comprensión del derecho."

57 SICHES, Luis Recaséns. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable"*. México: Fondo de Cultura Económica/UNAM, 1971. p. 521.

58 BRUTAU, José Puig. *La jurisprudencia como fuente del derecho*. Barcelona Bosch, s/d. p. 19. RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 185. e CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: José Bastos & Cia. Editora, 1908. p. 26-27.

59 HOERSTER, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico*. Barcelona: Gedisa, 1992. p. 106.

60 HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 305.

61 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., v. II. p. 40-42.

62 EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da sociologia do direito*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1986. p. 137. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, ed. de 1989, cit., p. 166-167.

63 SICHES, Luis Recaséns. *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*. México: Porrúa, vol., 1963, p. 512-516.

64 ALEXY, Robert. *Teoria de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1989. p. 221. Essa ideia encontra-se, também, em Karl Engisch, para quem se estabelece um efeito permanente de intercâmbio, um *ir e vir* de mirada, entre norma e fato, sem que isso se constitua num círculo vicioso, como anotado por Arthur Kaufmann, In: *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Editorial Debate, 1992. p. 131.

65 GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*, cit., v. I, p. 380, 396 e 401; FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones,1992. p. 107-108.

66 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, cit., p. 550; *Teoria tridimensional do direito*, cit., p. 113.

67 *Apud* MONDOLFO, Rodolfo. *Problemas e métodos de investigação na história da filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1969, p. 30-31.

68 *Larenz*, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, ed. de 1989, cit., p. 377.

69 *Idem*, *ibidem*, p. 223: "a toda norma jurídica pertence, como pano de fundo indispensável para a sua compreensão, a realidade social em resposta à qual foi concebida, a realidade jurídica quando do seu surgimento, e a realidade social atual face à qual deve operar".

70 BETTI, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1975. p. 30.
71 DILTHEY, Wilhelm. Origens da hermenêutica. In: *Textos de hermenêutica*. Porto: Rés, 1984. p. 150: “Chamamos *compreensão* (*Verstehen*) ao processo pelo qual, com a ajuda de signos percebidos do exterior através dos sentidos, conhecemos uma interioridade”.
72 RODRIGUEZ, Antônio Perpiña. *Métodos y critérios de la sociología contemporánea*. Madrid: Instituto Balmes de Sociología, 1958, p. 281.
73 *Verdad y método*, cit., p. 396 e 401.
74 HOBBES, Thomas. *Leviatã*. México: Fondo de Cultura Económica, 7ª- reimpressão, 1996. p. 220.
75 PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 625.
76 ROUSSEAU, J. J. Do contrato social. In: *Obras de Jean-Jacques Rousseau*. Rio de Janeiro: Editora Globo, v. II, 1962. p. 81.
77 PALMER, Richard. *Hermenêutica.* Lisboa: Edições 70, 1986. p. 191 e 193.
78 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, ed. de 1978, cit., p. 404; ed. 1989, cit., p. 389.
79 GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*, cit., p. 400.
80 COSSIO, Carlos. *El substrato filosófico de los métodos interpretativos*, cit., p. 103 e 107.
81 GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 63-64.
82 Idem. *Verdad y método*, cit., p. 401.
83 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, ed. de 1989, cit., p. 177/178.
84 V. a Lei n. 9.784, de 29.1.99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, especialmente o art. 2º-, onde se definem *princípios* e *critérios* inspirados nessa ideia.
85 Em 1807, o procurador Dupin, externando a ideologia francesa da *onipotência da lei*, dizia que “o legislador deve falar como soberano e não como retórico”. DUPIN, André. *Reflexões sobre o ensino e o estudo do direito*. Recife: Typographia Universal, 1868, p. 39. Trata-se de uma concepção que teve longa vigência e só foi superada com o aprimoramento do Estado de Direito, em cujo âmbito todos devem *obediência* – inclusive o legislador – ao princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade. Ver MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade e o devido processo legal substancial na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos, 2000. p. 107/119.
86 KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del derecho*, cit., p. 223.
87 MARTÍ, Francesca Puigpelat*. Funciones y justificación de la opinión dominante en el discurso jurídico*. Barcelona: Bosch, 1994. p. 134.
88 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., v. 1. p. 295: “A ideia, subjacente à teoria tradicional da interpretação, de que a determinação do ato jurídico a pôr, não realizada pela norma jurídica aplicada, poderia ser obtida através de qualquer espécie de conhecimento do Direito preexistente, é uma autoilusão contraditória, pois vai contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação”; “assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas”; “justamente por isso, a obtenção da norma individual no processo de aplicação da lei é, na medida em que nesse processo seja preenchida a moldura da norma geral, uma função voluntária”; “na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva”; “a

interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação 'correta'"; "isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente"; COSSIO, Carlos. *El derecho en el derecho judicial*. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002, p. 87; ORTEGA, Manuel Segura. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial universitaria Ramón Areces, 2006, p. 23; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 2. ed., 1989. p. 355.

89 VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación constitucional*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot,1993. p. 232.

90 AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 29.

91 ORTEGA, Manuel Segura. *La racionalidad jurídica*. Madrid: Tecnos, 1998. p. 117-118.

92 VILANOVA, José. *Filosofia del derecho y fenomenología existencial*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973, p. 99. A propósito, Arthur Kaufmann nos fala de uma teoria convergente da verdade, segundo a qual o critério apropriado para a veracidade ou a correção de um enunciado não é a existência de um consenso, mas a circunstância de que "*muitos sujeitos independentes entre si alcancem com relação ao mesmo assunto (!) conhecimentos convergentes objetivos". Filosofía del derecho*, cit., p. 495-496.

93 FREITAS, Augusto Teixeira de. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1883, p. 7 e 44-45: "Acordão é o presente plural substantivado do Verbo Acordár (Concordár), pélo qual costumão-se designár as Sentenças Collectivas dos Tribunáes Superiôres"; "*Cousa julgada* é a verdade autorisada pêlas decisões judiciáes, que são irrevogaveis, por bem da regra" "*res judicata pro veritate habetur*".

94 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, eds. de 1978 e 1989, cits.

95 LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, cit.

96 GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, vol. II, 1994, p. 150; *Verdade e método*. Petrópolis-RJ: vol. II, 2002, p. 179; ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002, p. 234.

97 BETTI, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 28.

98 KELSEN, Hans. Teoria general del derecho y del Estado. México: UNAM, 1969, p. 41.

99 Sobre o sentido desse brocardo, como princípio lógico-abstrato, mas, sobretudo, como *categoria histórica,* ver o texto de REALE, Miguel. Para uma hermenêutica estrutural. In: *Estudos de filosofia e ciência do direito*, cit., p. 75-76.

100 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, ed. de 1989, cit., p. 240-241.

101 *De L'esprit des lois*, cit., p. 622, e *Do espírito das leis*, cit., v. II, p. 275.

102 LEAL, Victor Nunes. *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 8.

103 ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1998. p. 62-63.

104 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, ed. de 1989, cit., p. 385-390.

105 NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 197.

106 Relembre-se, ainda uma vez, a lição de Hans-Georg Gadamer: "quem fala uma linguagem que mais ninguém fala, em realidade não fala" (*Verdad y método*, cit., v. II, p. 150).

107 Cf. o sentido e o alcance, no particular, da diferença entre *langue* e *parole*, estabelecida por Ferdinand Saussure e oportunamente lembrada por FERRAJOLI, Luigi,

Derecho y razón. Madrid: Trotta, 1998. nota 51, p. 83-84.

108 GOLDING, Martin. *Filosofia e teoria do direito.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, Editor, 2010, p. 32 e 54/55.

109 BETTI, Emilio. *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, cit., p. 32-33.

110 *Apud* LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, ed. de 1978, cit., p. 367, nota 3.

111 DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 1995, p. 396 e segs.; *Conferencias de Ronald Dworkin en Chile*. Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1994, p. 49/76.

112 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., v. II, p. 292.

113 Cf., no mesmo sentido, Súmula 134, do extinto TFR; e Enunciado 83, do TST.

114 GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*, cit., p. 71.

115 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, ed. de 1978, cit., p. 358; ed. de 1989, cit., p. 378.

116 ALEXY, Robert. *Teoria de la argumentación jurídica*, cit., p. 265; ABELLÁN, Marina Gascón. *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid: Tecnos, 1993. p. 39-40; AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*, cit., p. 260.

117 GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: FGV, 1998. p. 69, e *Verdade e método*. Petrópolis: RJ, Vozes, 1997. v. 1, p. 407; e *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1994. v. 2, p. 259.

118 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito,* ed. de 1978, cit., p. 136; *Metodologia da ciência do direito*, ed. de 1997, cit., p. 495-500.

119 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*, cit., p. 229-243; HÄBERLE, Peter. *O recurso de amparo*, cit., p. 127.

120 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, cit., p. 1084.

121 No direito brasileiro: LINDB, art. 5-º; CPC, art. 127.

122 ATIENZA, Manuel. *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid: Civitas, 1997. p. 95-100.

123 MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 61-69.

124 SAVIGNY, M.F.C. *Sistema del derecho romano actual*. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 2. ed., Tomo I, s/d. p. 188.

125 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, ed. de 1978, cit., p. 390; KELSEN, Hans. *Teoria pura*, cit., v. II, p. 290.

126 *Apud* LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, ed. de 1978, cit., p. 394.

127 *Apud* ESSER, Josef. *Principio y norma*, cit., p. 150 e 326.

128 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, ed. de 1978, cit., p. 175, 328 e 394-398; ed. de 1989, cit., p. 144.

129 BETTI, Emilio. *Teoria generale della interpretazione*. Milão: Giuffrè, 1990. v. II, p. 802.

130 GASSET, José Ortega y. El nivel de nuestro radicalismo. In: *Obras completas*. Madrid: Revista de Occidente, Tomo VIII, 1965. p. 282: “Solo hay una actividad en que el hombre puede ser radical. Se trata de una actividad en que el hombre, quiera o no, no tiene más remedio que ser radical: es la filosofía. La filosofía es formalmente radicalismo porque es el esfuerzo para descubrir las raíces de lo demás, que por sí no las manifiesta, y en este sentido no las tiene. La filosofía proporciona a hombre y mundo sus defectivas raíces”, e Que es Filosofia? In: *Obras completas*. Madrid: Revista de Occidente, Tomo VII, 1964. p. 335-336.

131 COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964. p. 56.

132 DE PAGE, Henri. *De l’interprétation des lois*. Bruxelles: Librairie des sciences juridiques; Paris: Librairie du Recueil Sirey; e Lausane, Genève, Neuchatel, Berne:

Librairie Payot, 1925. p. 45.

133 ORTIZ-OSÉS, Adrés. *Antropologia hermenêutica*. Lisboa: Escher, 1989. p. 17.

134 ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006; MORCHÓN, Gregorio Robles. *El derecho como texto*. Madrid: Thomson-Civitas, 2006.

135 GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo-RS: Unisinos, 1999. p. 117.

136 LAKS, André; NESCHKE, Ada (edt.). *La naissance du paradigme herméneutique*. Paris: Presses Universitaires de Lille, 1990. p. 7-17.

137 RICOEUR, Paul. *Do texto à acção*. Porto: Rés, s/d. p. 206.

138 BETTI, Emilio. Op. e loc. cits.

139 REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*, cit.

140 DOSSE, François. O método histórico e os vestígios memoriais. In: *A religação dos saberes.* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 400; GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1993. v. 1, p. 238, e 1994. v. 2, p. 243.

141 RICOEUR, Paul. Existência e hermenêutica. In: *O conflito das interpretações*. Rio de Janeiro: Imago, 1978. p. 15.

142 LACAMBRA, Luís Legaz y. Distintas acepciones de la palavra derecho. In: *Filosofía del derecho*. Barcelona: Bosch, 1972. p. 257/298; REALE, Miguel. O termo “direito” e sua tríplice perspectiva histórica. In: *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 9. ed., 1982. p. 493-506; MORRISON, Waine. O problema da filosofia do direito ou de dizer a verdade do direito: um mergulho em questões recorrentes? In: *Filosofia do direito* – dos gregos aos pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 1-18; e HERVADA, Javier. As várias acepções da palavra direito. In: *Lições propedêuticas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 124-132.

143 GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método.* Salamanca: Sígueme, 1993, v. 1; *Verdade e método*. Petrópolis-RJ: Vozes, 1997. v. 1, p. 416.

144 LYRA FILHO, Roberto. Filosofia jurídica. Pequena bibliografia em perspectiva contemporânea. *Notícia do direito brasileiro*. Brasília: UnB/Faculdade de Direito, Nova Série, n. 9, 2000, p. 381/403.

145 OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Sobre fundamentação.* Porto Alegre: EDIPUCRS, 2. ed., 1997. p. 44-55.

146 NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 271.

147 HENKEL, Heirich. *Derecho y lenguaje*. In: *Introducción a la filosofia del derecho*. Madrid: Taurus, 1968. p. 85-104.

148 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed. Lisboa: Gulbenkian. 2009. p. 504.

149 LÉVY-BRUHL, Henri. *Aspects sociologiques du droit.* Paris: Librairie Marcel Rivière et Cie, 1955. p. 77.

150 KAUFMANN, Arthur. Panorámica histórica de los problemas de la Filosofia del Derecho. In: *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Editorial Debate, 1992. p. 49.

151 MORCHÓN, Gregorio Robles. *El pensamiento jurídico contemporâneo*, cit., *Introducción*, p. 19. A expressão *fazer coisas com palavras*, de que se utilizou esse autor, foi tomada de empréstimo à obra *How to do Things with Words*, de John Langshaw Austin, aluno e professor em Oxford, nascido em 1911 e falecido em 1960.

152 MONTESQUIEU. De l’esprit des lois. In: *Oeuvres complètes de Montesquieu*. Paris: Chez Lefrèvre, Éditeur, Tome Premier, 1839. p. 193 e196; e *Do espírito das leis*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962. 1 v., p. 185 e 187.

153 KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*. México: UNAM, 1969. p. 182-

183.

154 RICOEUR, Paul. *Do texto à acção*. Lisboa: RÉS editora, s/d. p. 206

155 KRIELE, Martin. *Introducción a la teoría del Estado*. Buenos Aires: Depalma, 1980. p. 151; GADAMER, Hans-Georg. *A ideia do bem entre Platão e Aristóteles*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 115.

156 HENKEL, Heinrich. *Introducción a la filosofía del derecho*, cit., p. 92-93; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Gulbenkian, 1989. p. 385-390; CASTANHEIRA NEVES, A. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica − I,* cit., p. 197; ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Editorial Universitária de Buenos Aires, 1977. p. 111-112; e SCHAFF, Adam. *Introducción a la semantica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1992. p. 358.

157 HENKEL, Heinrich. *Introducción a la filosofía del derecho*, cit., p. 89.

158 SAUSSURE, Ferdinand de. *Cours de linguistique générale*. Paris: Payot, 1972. p. 30-31, e *Curso de linguística general*. Buenos Aires: Losada, 1945. p. 57.

159 BARTHES, Roland. *Elementos de semiologia*. 16. ed. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 19.

160 CAPELLA, Juan-Ramon. *El derecho como lenguaje*. Barcelona: Ariel, 1968. p. 28; HENKEL, Heinrich. *Introducción a la filosofía del derecho*, cit., p. 88.

161 DUBOIS, Juan *et al*. *Dicionário de Linguística*. 3. ed. São Paulo: Cultrix, 1988. verbete *Texto*, p. 586.

162 MORCHÓN, Gregorio Robles. *El derecho como texto*. Madrid: Thomson-Civitas, 2006. p. 21; *Sociología del derecho*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 70, e *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas* – Ensayo de teoría comunicacional del derecho. Madrid: Thomson-Civitas, 2007. p. 27-23; e MACHADO, J. Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 214.

163 MORCHÓN, Gregorio Robles. *El derecho como texto*, cit., p. 21 e *passim.*

164 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Gulbenkian. 1989, p. 377 e 444.

165 *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, p. 157; *O conceito de direito*. Lisboa: Gulbenkian, 2007, p. 139; *Derecho y moral – Contribuciones a su análisis*. Buenos Aires: Depalma, 1962, p. 25-26; Problemas de filosofia do direito, *in Ensaios sobre teoria do direito e filosofia*. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2010. p. 118.

166 GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, 1993. v. 1, p. 479.

167 ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. São Paulo: Perspectiva, 1995. p. XXII, 11, 16 e 286.

168 RICOEUR, Paul. O problema do duplo sentido como problema hermenêutico e como problema semântico. In: *O conflito das interpretações*. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1978, p. 55-68; e COING, Helmut. *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 329.

169 HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 2. ed. Petrópolis: Vozes. 1988. Parte I, p. 207; Nota Explicativa 51, p. 323.

170 BÖCHENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*, cit., p. 32 e 34.

171 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, ed. de 1989, cit., p. 250.

172 GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*, cit., p. 71.

173 SICHES, Luís Recaséns. *Tratado de sociologia*. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1965: "O livre-arbítrio, porém, não é uma coisa, ou uma força que se possa ter ou não ter; é simplesmente a situação de encontrar-se entre várias possibilidades, apresentadas pelo contorno de cada sujeito em cada um dos momentos de sua vida. O sujeito não está necessariamente predeterminado a seguir uma dessas possibilidades e deixar as demais. Pelo contrário, tem de eleger entre essas possibilidades. *Viver é encontrar-se sempre*,

efetiva ou potencialmente, *numa encruzilhada*, *tendo de escolher um dos caminhos.* Por isso o homem é livre-arbítrio." ; e ORTIZ-OSÉS, Andrés. *Antropologia hermenêutica*, cit., p. 75.

174 HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, 1988. v. 1, p. 46; *Acción comunicativa y razón sin transcendencia*. Buenos Aires: Paidós, 2003. p. 44; e *Direito e democracia* – Entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 163-164.

175 REALE, Miguel. Gênese e vida dos modelos jurídicos. In: *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 187-225; e *Fontes e modelos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

176 SALAVERRIA, Juan Igartua. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 57; e QUECEDO, Manuel Pulido. *Constitución española.* Navarra: Thomson/Aranzadi, 2005. p. 1280-1281.

177 RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.185; e FETERIS, Eveline T. Fundamentos de la argumentación jurídica. *Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2007. p. 233.

178 PERELMAN, Chaïm. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Madrid: Civitas, 1988. p. 201; e BRUTAU, José Puig. *La jurisprudencia como fuente del derecho*. Barcelona: Bosch, s/d. p. 39.

179 COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964. p. 333 e 661-662, Nota 17; e MACHADO NETO, A. L.. *Teoria geral do direito.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1966. p. 40-41.

180 SAUVEL, T., *apud* PERELMAN, Chaïm. In: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, cit., p. 203.

181 ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 34 e *passim*.

182 LYRA FILHO, Roberto. Desordem e processo: um posfácio explicativo. In: *Desordem e processo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p. 288.

183 CASSIRER, Ernst. *Las ciencias de la cultura*. México: Fondo de Cultura Económica, 1982. p. 89-90; e BETTI, Emilio. *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos.*, cit., p. 32-33, e *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 44.

184 ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 36. Tais regras e formas, sob o título *As regras e formas do discurso prático geral*, estão detalhadas nas páginas 184 a 201 dessa mesma obra, recomendando-se sejam lidas juntamente com o tópico seguinte – *Os limites do discurso prático geral* –, nas páginas 201 e 202.

185 ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara, 1993. p. 20-21.

186 ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*, cit., p. 11.

187 ORTEGA Y GASSET, José. *Obras completas*. Madrid: *Revista de Occidente*, 1964. v. VII, p. 280.

188 DOSSE, François. "O método histórico e os vestígios memoriais", in MORIN, Edgar. *A religação dos* saberes. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 400; GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Sígueme, vol. 1, 1993, p. 238, e vol. 2, 1994, p. 243.

189 GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método.* Salamanca: Sígueme, vol. 2, 1994, p. 150; *Verdade e método*. Petrópolis-RJ: vol. 2, 2002, p. 179; ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica.* São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002. p. 234.

190 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1084.

191 Ver, a propósito, Giuseppe Zaccaria, *Razão jurídica e interpretación*, Madrid: Civitas,

2004. p. 129-130.

192 ZAGREBELSKY, Gustavo. La corte constitucional y la interpretación de la Constitución. In: *División de poderes e interpretación:* hacia una teoria de la praxis constitucional. Madrid: Tecnos, 1987. p. 171.

193 USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y fórmula política,* cit., p. 138.

194 VIOLA, Francesco & ZACCARIA, Giuseppe. *Derecho e interpretación*. Elementos de Teoría Hermenéutica del Derecho. Madrid: Dykinson, 2007, p. 326-328; e ZACCARIA, Giuseppe. Razão jurídica e interpretación, cit., p. 337.

195 NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*, cit., p. 84, 104 e 106; HART, Herbert L. A. *El concepto de derecho*, cit., p. 158; e *O conceito de direito*, ed. de 1996, cit., p. 139.

196 PHILIPPE, Xavier. *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*. Paris: Economica Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1990; XYNOPOULOS, Georges. *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la legalité en France, Allemagne et Angleterre*. Paris: LGDJ, 1995; e ANZON, Adele et al. *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale: riferimenti comparatistici*. Milano: Giuffrè, 1994.

197 VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia,* cit., e *Tópica y filosofía del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1991; AMADO, Juan Antonio Garcia. *Teorías de la tópica jurídica.* Madrid: Civitas, 1988. p. 119-138; e PALASÍ, José Luis Villar. *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*. Madrid: Tecnos, 1975. p. 151.

198 KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del derecho*, cit., p. 104 e 519.

199 ZACCARIA, Giuseppe. *Razão jurídica e interpretación*, cit., p. 129.

200 BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. cit., p. 37.

201 GADAMER, Hans-Georg. *Le probléme de la conscience historique*. Paris: Seuil, 1996. p. 29; e *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: FGV, 1998. p. 21.

202 BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. cit., p. 13-35; e CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. cit., p. 1084-1087.

203 Cf. DILTHEY, Wilhelm. *Introducción a las ciencias del espíritu*, cit., e *Crítica de la razón histórica*. Barcelona: Península, 1986; CASSIRER, Ernst. *Las ciencias de la cultura*. México: Fondo de Cultura Económica, 1982; MACHADO NETO, A. L. *Problemas filosóficos das ciências humanas*. Brasília: Ed. da UnB, 1966; e GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método*. Petropólis-RJ, vol. 1, 1997, p. 39-47.

204 *Apud* AMADO, Juan Antonio Garcia. *Teorías de la tópica jurídica*. Madrid: Civitas, 1988. p. 278-279; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, ed. de 1989, cit., p. 436.

205 Tomando posição nessa polêmica, Karl Larenz diz não ver fundamento bastante para não se aplicarem, pelo menos em tese, os princípios interpretativos gerais à exegese constitucional, pois a Constituição, enquanto lei – assim como as outras leis, que são redigidas na maior parte em linguagem corrente –, é uma obra de linguagem e, por isso, carece de interpretação, do mesmo modo que as proposições nela contidas têm o caráter de normas, embora com efeito vinculativo mais vigoroso do que o das demais leis (*Metodologia da ciência do direito*, ed. de 1989, cit., p. 438).

206 Para uma crítica dessa posição ontognosiológica e seus reflexos na compreensão do direito, ver, entre outros, STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m)crise*, cit., 3. ed., 2001. p. 173-225, e *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2002. p. 49-51. Sobre o conceito de crença como *evidência não refletida*, ver Ortega y Gasset, José. Ideas y creencias. In: *Obras completas*. cit., vol. 5, p. 383-394.

207 MONTESQUIEU. De l'esprit des lois. In: *Oeuvres complètes, de Montesquieu,* cit., v. 1,

p. 196, e *Do espírito das leis*. cit., v. 1, p. 187; Marx, C.; Engels, F. La ideología alemana. In: *Obras escogidas*. Moscou: Ed. Progreso, 1974, v. 1, p. 45, e *A ideologia alemã*. São Paulo: Hucitec, 1987. p. 72; e Sanchís, Luís Prieto. *Ideología e interpretación jurídica*, cit., p. 13.

208 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. cit., p. 1033; VERDÚ, Pablo Lucas. *La Constitución abierta y sus "enemigos"*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid/Ed. Beramar, 1993; REVORIO, Francisco Javier Díaz. *La Constitución como orden abierto*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

209 VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*, cit., p. 49-50.

210 Para um exame mais profundo da correlação entre objeto e ato interpretativo e suas implicações na hermenêutica jurídica, em geral, ver os ensaios de Miguel Reale, *Colocação do problema filosófico da interpretação do direito e problemas de hermenêutica jurídica*, insertos em *O direito como experiência*, cit., p. 227-233 e 235-259.

211 GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*, cit., vol. 1, p. 380, 396, 400 e 401; FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*, cit., p. 107-108.

212 Cf., a propósito, esta instigante observação de Paul Ricoeur: "Perante o tribunal, a plurivocidade comum aos textos e às ações é trazida à luz do dia sob a forma de um conflito das interpretações" (*Do texto à acção*, Porto: RÉS, s.d., p. 206). Ver, também, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, cit., p. 1085-1086; e VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*, cit., p. 180.

213 Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, ed. de 1989, cit., p. 437.

214 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional,* cit., e *El Estado constitucional,* cit., p. 149-162. Ver, também, o nosso estudo As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 137, jan./mar. 1998.

215 GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*, cit., v. 1, p. 380, 396 e 401; *A razão na época da ciência*, cit., p. 51/52.

216 GADAMER, Hans-Georg. O *problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: FGV, 1998, p. 13.

217 KELSEN, Hans. *Teoria general del derecho y del Estado*, cit., p. 135-136; HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, cit., p. 29-37.

218 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, ed. de 1989, cit., p. 449/455.

219 COHEN-TANUGI, Laurent. *Le droit sans l'Etat*. Paris: PUF, 1985.

220 HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*, cit., p. 19-20.

221 RENAN, Ernest. Qu'est-ce qu'une nation? In: *Discours et Conférences*. Paris: Calmann-Lévy, s./d. p. 307.

222 SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 62-63 e 132.

223 SMEND, Rudolf. *Constitución,* cit., p. 197.

224 SMEND, Rudolf. *Constitución,* cit., p. 214-215.

225 SMEND, Rudolf. *Constitución,* cit., p. 66 e 201.

226 SMEND, Rudolf. *Constitución,* cit., p. 133-134.

227 RADBRUCH, Gustavo. *Filosofia do direito,* ed. e vol. cits., p. 50.

228 HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional,* cit., p. 169 e segs.; REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*, cit., p. 70-74; *Filosofia do direito*, cit., p. 211-214; e *Fontes e modelos do direito*, cit., p. 114.

229 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*, cit., p. 489.

230 MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional.* Porto Alegre:

Síntese, 1999. p. 45-46 e 48.

231 Resumindo as diferenças entre interpretação e concretização, Ernst-Wolfgang Böckenförde afirma que a interpretação é indagação sobre o conteúdo e o sentido de algo precedente que, desse modo e na medida do possível, se completa e diferencia enquanto tem enriquecido o seu conteúdo; a concretização é o preenchimento (criativo) de algo que simplesmente aponta para uma direção, ou o princípio, que permanece aberto e que precisa, antes de tudo, de uma predeterminação conformadora para tornar-se norma aplicável (*Escritos sobre derechos fundamentales*, cit., p. 126-127).

232 MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional,* cit., p. 45.

233 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, cit., p. 594.

234 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional*, cit., p. 49-50, 61-69; e *Escritos de derecho constitucional*, cit., p. 28-29 e 43-53.

235 ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado.* Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1980. p. 10.

236 HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*, cit., p. 164.

237 DAVID, René. *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12. ed. Paris: Dalloz, 1966. p. 14-15; e *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

238 ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do direito comparado*, cit., p. 44.

239 BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales.* cit., p. 32 e 34.

240 BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*, cit., p. 35-39.

241 A propósito dessa listagem – que ele ressalta ter-se tornado ponto de referência obrigatório da teoria da interpretação constitucional –, Gomes Canotilho esclarece que o *seu* "catálogo-tópico" dos princípios da interpretação constitucional foi desenvolvido a partir de uma postura metódica hermenêutico-estruturante, mas que os autores o recortam de formas diversas (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1096).

242 BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*, cit., p. 32.

243 AMADO, Juan Antonio Garcia. *Teorías de la tópica jurídica*. cit., p. 346; e ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*.cit., p. 42.

244 FRANK, Jerome. *Derecho e incertidumbre.* México: Fontamara, 2001. p. 92.

245 NINO, Carlos Santiago. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México: UNAM, 1974. p. 85-114.

246 VIOLA, Francesco & ZACCARIA, *Giuseppe. Derecho e interpretación*. Elementos de teoría hermenéutica del derecho. Madrid: Dykinson, 2007. p. 326-328.

247 NINO, Carlos Santiago. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. cit., p. 91.

248 VAIHINGER, Hans. "Filosofia do Como-Se", apud Hans Kelsen. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, Editor, 1986. p. 328-329.

249 Relembre-se, a propósito, esta advertência de Manuel Calvo García: "Frente a uno de los postulados más característicos de la concepción metodológica tradicional, las teorías de la argumentación defienden que *el legislador real no es racional* o, lo que es igual, que no hace leyes perfectas que prevean soluciones claras y no contradictorias para cualquier caso hipotético que pueda producirse, y que, por lo tanto, quines tienen que ser racionales son los juristas, quienes interpretan y aplican la ley" — grifos nossos (*Los fundamentos del método jurídico*: una revisión crítica. Madrid: Tecnos, 1994. p. 217).

250 Embora não utilize a expressão *jogo concertado*, Carlos Santiago Nino também sugere essa técnica como forma adequada para a superação dos conflitos, por vezes dramáticos, entre os ideais pressupostos pelo modelo do legislador racional. (*Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. cit., p. 95-99).

251 Nesse sentido, ensina Konrad Hesse que onde surgirem colisões não se deve, à base de uma precipitada “ponderação de bens” ou de uma “abstrata ponderação de valores”, realizar qualquer deles à custa do sacrifício do outro (*Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. cit., p. 66; e *Escritos*. cit., p. 48).

252 SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales.* cit., p. 192.

253 Sobre o manejo dos vários princípios da interpretação constitucional pelo STF, ver, por todos, LEITE, José Adércio Sampaio. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

254 Registre-se, a propósito, a observação de Karl Larenz de que não existe uma ordem hierárquica de todos os bens e valores jurídicos em que possamos ler o resultado como numa tabela (*Metodologia da ciência do direito*, ed. de 1989. cit., p. 491).

255 Karl Larenz, por exemplo, mesmo reconhecendo que, no particular, é bem ampla a liberdade de valoração pessoal do juiz, opõe a ressalva de que a “ponderação de bens” não é simplesmente matéria do sentimento jurídico, mas um processo racional que não há de fazer-se, em absoluto, unilateralmente, mas, até um certo grau, conforme princípios identificáveis e, nessa medida, de modo controlável (*Metodologia da ciência do direito*, ed. de 1989. cit., p. 501); GOLDING, Martin. *Filosofia e teoria do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010. p. 32 e 54-55.

256 Em que pese caber aos tribunais constitucionais a última palavra sobre *o que é* a Constituição, nem por isso eles a interpretam na contramão da sociedade civil, cujas *reações* — especialmente as da comunidade hermenêutica — os obrigam a uma constante *prestação de contas* sobre os métodos e critérios de que se utilizam para concretizar a Constituição.

257 VIOLA, Francesco & ZACCARIA, Giuseppe. *Derecho e interpretación*. Elementos de teoría hermenéutica del derecho, cit., p. 163.

258 QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais (teoria geral).* Coimbra: Coimbra Ed., 2002. p. 183. Sobre a natureza, o alcance e a normatividade dos preceitos legais que pretendem estabelecer regras de interpretação, ver USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y fórmula política*. cit., p. 86-106; e RODRÍGUEZ-ZAPATA, Jorge. Métodos y criterios de interpretación de la Constitución en los seis primeros años de actividad del Tribunal Constitucional. In: PINA, Antonio Lopez (coord.). *División de poderes e interpretación de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1987. p. 155-160.

259 Relembre-se o que dizem Hesse e Verdú, respectivamente, sobre o papel da *vontade* e do *sentimento* na vida das constituições: “...a Constituição se converterá em força ativa se estiver presente na consciência geral — e particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional — não só a *vontade de poder*, mas também a *vontade de Constituição* (HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. cit., p. 19); “cuando un ordenamiento jurídico es capaz de suscitar amplia e intensa adhesión efectiva a sus normaciones y, sobre todo, a sus instituciones que más enraízan con las bases sociales, entonces tal ordenamiento es algo vivo, no está *allí*, alejado, nutriéndose solitariamente de sus propias interconexiones e interpretaciones formales, sino que penetra en la entraña popular y entonces es ordenamiento sentido (*Verdú,* Pablo Lucas, *El sentimiento constitucional*. Madrid: Ed. Reus, 1985. p. 6).

260 LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. cit., p. 277.

261 HESSE, Konrad. Concepto y cualidad de la Constitución. In: *Escritos de derecho constitucional*. cit., p. 9.

262 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. cit., p. 27 e 68; e *Escritos de derecho constitucional*. cit., p. 5 e 50.

263 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. cit., p. 1097.

264 Concepto y cualidad de la Constitución, *in Escritos de derecho constitucional.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales*,* 1983. p. 9.

265 MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. cit., p. 74.

266 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. cit., p. 68, e *Escritos de derecho constitucional*. cit., p. 50-51; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. cit., p. 1099.

267 Sobre a importância e funções da interpretação constitucional para a totalidade do ordenamento jurídico, ver *Tremps*, Pablo Pérez. *Tribunal constitucional y poder judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 120; e WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas, 1985. p. 93-114.

268 Brasil, STF, Representação n. 1.417/DF, Ministro Moreira Alves, *RTJ,* 126/48-72, 66.

269 Ver, por todos, BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. p. 113-116.

270 Sobre o sentido da expressão *legislador negativo*, ver KELSEN, Hans. *Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos, 1995. p. 37-38; e La garantie juridictionnelle de la Constitution (*La Justice constitutionnelle*). In: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'Étranger*, 1928. p. 224-225.

271 MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica Ed., 1999. p. 290. Para uma visão crítica dessa nova postura, ver ABELLÁN, Marina Gascón. Los límites de la justicia constitucional: el Tribunal Constitucional entre jurisdicción y legislación. In: *Constitución:* problemas filosóficos. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 165-191.

272 Embora alguns autores utilizem, indistintamente, essas duas expressões, por considerar fungíveis ou intercambiáveis os respectivos conteúdos, existem outros que não as assimilam porque entendem que elas traduzem princípios distintos — o da *proporcionalidade* e o da *razoabilidade* —, cujas singularidades acreditam poder demonstrar. Como representantes dessas duas correntes, ver, respectivamente, Gilmar Ferreira Mendes (*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. cit., p. 83) e Wilson Antônio Steinmetz (*Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2001. p. 148 e 185-192).

273 Ver, a propósito, a liminar deferida pelo Relator da ADI 1.158-8/AM, Ministro Celso de Mello, para invalidar, porque *ofensiva ao princípio da razoabilidade*, lei estadual que concedia *gratificação de férias a servidor inativo* (*DJU,* 26-5-1995, p. 15154).

274 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. ed. de 1989. cit., p. 585-586; e *Derecho justo*. cit., p. 144-145.

275 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. ed. de 1989. cit., p. 323.

276 *Apud* LARENZ, Karl. In: *Metodologia da ciência do direito*. ed. de 1978. cit., p. 396.

277 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. ed. de 1989. cit., p. 251, 264-265 e 352; ed. de 1997. cit., p. 412.

278 HOLMES, Oliver Wendell. *O direito comum*. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967. p. 29.

279 Sobre os limites da interpretação textual, ver, por todos, ECO, Umberto. *Os limites da interpretação.* São Paulo: Perspectiva, 1995.

280 AGUILAR, Juan Fernando López. *Lo constitucional en el derecho*: sobre la idea e ideas de Constitución y orden jurídico. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. p. 60.

281 *Os limites da interpretação*. cit., p. XXII (*Introdução*), 11, 16 e 286.

282 AARNIO, Aulis. *Derecho, racionalidad y comunicación social*. México: Fontamara, 1995. p. 27-28.

283 HESSE, Konrad. El texto constitucional como límite de la interpretación. In: PINA, Antonio López (coord.). *División de poderes e interpretación.* cit., p. 184-185; Límites da la

mutación constitucional. In: *Escritos de derecho constitucional*. cit., p. 85-112; *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. cit., p. 69-70; e *Escritos de derecho constitucional.* cit., p. 51-53.

284 BÖCHENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales.* cit., p. 32 e 34.

285 Konrad Hesse, além de professor da Universidade de Freiburg im Breisgau, veio a ser Juiz do Tribunal Constitucional, em Karlsruhe, na República Federal da Alemanha, quando se deu conta, como ele mesmo confessou, da fundamental diferença entre a teoria e a práxis, no âmbito da interpretação constitucional.

286 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* cit., p. 73-107.

287 SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. cit., p. 208-217; As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: *Hermenêutica e jurisdição constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 159-194.

288 GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México: Porrúa, 2000. p. 47-49; La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s).* Madrid: Trotta, 2005; e CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s).* Madrid: Trotta, 2005. p. 63-67.

289 RICOEUR, Paul. *Ensaios de interpretação bíblica*. São Paulo: Novo Século, 2004. p. 63.

290 SANCHÍS, Luis Prieto. *Ideología e interpretación jurídica*. cit., p. 118.

291 GUASTINI, Riccardo. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: *Neoconstitucionalismo(s).* cit., p. 168.

292 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructuras judiciales*. Buenos Aires: Ediar, 1994. p. 91-118.

293 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. cit., p. 64-65.

294 *Dicionário Aurélio — século XXI*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, verbete *Semântica*, p. 1832.

295 REALE, Miguel. *Filosofia do direito.* 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 563-564.

296 DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998. p. 29 e 31.

297 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1979. p. 164.

298 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. cit., p. 1101.

299 BRÉAL, Michel. *Essai de sémantique*: *science des significations*. Paris: Hachette, 1913. p. 146.

300 Müller, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. cit., p. 45/46 e 48; e GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação-aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 72

301 *Jurisprudência dos princípios*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010. p. 74.

302 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. cit., p. 1101-1102.

303 WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Lisboa: Gulbenkian, 1995. p. 207: “Para uma *grande* classe de casos — embora não para *todos* — do emprego da palavra ‘sentido’ pode dar-se a seguinte explicação: o sentido de uma palavra é o seu uso na linguagem”.

304 REALE, Miguel. *Estudos de filosofia e ciência do direito*. cit., p. 72-82.

305 Sobre a interação complexidade do mundo – complexidade do direito, ver CÁRCOVA, Carlos María. *La opacidad del derecho*. Madrid: Trotta, 1998, especialmente p. 165-183.

306 Acerca da diferença entre *interpretação* e *concretização*, ver BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. cit., p.126-127; sobre as

inegabilidades da dogmática jurídica, ver LUHMANN, Niklas. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 27-42, e LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* ed. de 1989. cit., p. 272-277; sobre as *aporias* e as soluções *tópicas*, ver VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. cit., especialmente p. 49: "El término aporia designa precisamente una cuestión que es acuciante e ineludible, la 'falta de un camino', la situación de un problema que no es posible apartar, lo que Boecio tradujo, acaso débilmente, com la palabra latina 'dubitatio'. La tópica pretende suministrar datos para saber cómo hay que comportarse en una situación semejante a fin de no quedar detenido sin remisión. Es, por lo tanto, una *técnica del pensamiento problemático*."

307 Cf., sobre o giro ontológico da hermenêutica, GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. cit., p. 385 e segs.; e FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *La hermenéutica jurídica de Hans-Georg Gadamer*. cit., p. 110-115.

308 REALE, Miguel. *Estudos de filosofia e ciência do direito*. cit., p. 81-82.

309 GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. cit., v. I. p. 396-414; *Verdade e método*. cit., v. 1, 1997. p. 482-505.

310 MORIN, Edgar. *O método 3:* O conhecimento do conhecimento. Porto Alegre: Editora Sulina, 2005.

311 ORTIZ-OSÉS, Andrés. *Antropologia hermenêutica*. cit., p. 67.

312 JUST, Gustavo. *Interpréter les théories de l' interprétation.* Paris: L'Harmattan, 2005.

313 MORESO, José Juan. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 167-171.

Direitos Fundamentais[1]

Ives Gandra Martins Filho[2]

SUMÁRIO

1. Introdução. **2.** Do direito positivo ao direito natural. **3.** Evolução histórica do conceito de direito natural. **3.1.** Jusnaturalismo sofista. **3.2.** Jusnaturalismo teológico. **3.3.** Jusnaturalismo aristotélico. **3.4.** Jusnaturalismo tomista. **3.5.** Jusnaturalismo moderno. **3.6.** Jusnaturalismo neotomista. **4.** Outras correntes de fundamentação dos direitos humanos. **4.1.** Contratualismo. **4.2.** Positivismo jurídico. **4.3.** Historicismo sociológico. **5.** Evolução histórica na captação dos direitos humanos fundamentais. **6.** A dignidade da pessoa humana. **7.** A especificação e positivação dos direitos humanos fundamentais. **7.1.** Direito à vida. **7.2.** Liberdades públicas. **7.3.** Princípio da isonomia. **7.4.** Direito de propriedade. **7.5.** Direito do trabalho. **7.6.** Direito de família. **7.7.** Direito à educação. **7.8.** Direito à saúde. **7.9.** Direitos de solidariedade. **8.** A interpretação dos direitos humanos fundamentais. **9.** Conclusão.

1. Introdução

O *próprio de uma Constituição* é prever e disciplinar duas grandes matérias:

a) *organização do Estado*, com instituição de órgãos e distribuição de competências;

b) *direitos e garantias fundamentais*, elencando o rol de direitos a serem protegidos frente ao próprio Estado e aos particulares.

No presente capítulo, dedicado aos *direitos fundamentais*, matéria, portanto, eminentemente constitucional, o enfoque dado será preferencialmente o da *fundamentação* desses direitos, ou seja, de onde retiram sua *força normativa*, considerando-os como *superiores e anteriores à Constituição.*

Fazendo contraponto a *Norberto Bobbio*, para quem "o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los"[3], podemos dizer que, passados mais de dois séculos desde a *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do*

Cidadão, feita após a Revolução Francesa, esses direitos continuam não sendo respeitados justamente porque *se tem descuidado de fundamentá-los adequadamente*, pois quem não sabe a razão, tem maior dificuldade em cumprir o comando legal.

É precisamente por meio da *análise filosófica acerca da justificativa* (fundamentação) que determinado sistema jurídico confere aos direitos do homem, que se pode aferir o *grau de comprometimento e vinculação* de tal sistema para com a *observância dos direitos fundamentais*, e de que forma, e com qual carga de efetividade, serão tais direitos respeitados e protegidos.

O *utilitarismo* e o *pragmatismo* que impregnam o *pensamento moderno* fazem com que a preocupação se volte para *"como funcionam"* os institutos e não para *"o que são"* as coisas. Ora, sem conhecer a essência dos institutos (*"esse"*), não se consegue captar perfeitamente como operam (*"agere"*), pois, como bem preconizavam os filósofos clássicos *"agere sequitur esse"*, ou seja, *o agir decorre do ser das coisas*. A natureza de uma coisa ou de um instituto (o seu modo de operar) é o verso da moeda que tem na essência o seu anverso.

Portanto, longe de ser questão periférica, identificar as diferentes correntes jusfilosóficas no que diz respeito à *forma de alicerçar o ordenamento jurídico e os direitos humanos fundamentais*, torna-se tarefa de especial importância quando se pretende garantir tais direitos.

Assim, comparando as principais *correntes* de pensamento que buscam fundamentar os direitos humanos – o *jusnaturalismo, o juspositivismo, o contratualismo e o historicismo-sociológico* –, procurar-se-á mostrar as deficiências e pontos fortes de cada uma delas, com o fito de verificar qual pode dar um *substrato sólido* para o reconhecimento e defesa desses direitos. Tais correntes serão analisadas em sua *evolução histórica*, distinguindo-se escolas específicas no seio de cada corrente.

Uma vez detectadas quais as correntes jusfilosóficas que melhor embasam os direitos humanos fundamentais (cuja explanação será mais detalhada), passa-se à sua *enumeração* (mais do que classificação), tendo em vista o seu *paulatino reconhecimento* ao longo da história (a perspectiva será, portanto, a da *geração de direitos* e não a da espécie de direitos). Procurar-se-á, quanto aos *principais direitos fundamentais*, mostrar como *decorrem da natureza humana* e quais as *exigências* que impõem.

Finalmente, para se chegar à plena *positivação* desses direitos, é mister

verificar os *métodos e mecanismos de interpretação* a serem adotados, tendo em vista o caráter especial dos direitos fundamentais, comparados com os demais direitos reconhecidos em qualquer ordenamento jurídico.

2. Do direito positivo ao direito natural

O *Título II* da Constituição da República Federativa do Brasil trata dos *Direitos e Garantias Fundamentais*, abrangendo *5 capítulos* que recebem os seguintes títulos:

a) *Direitos e Deveres Individuais e Coletivos* (78 direitos declarados no art. 5º);

b) *Direitos Sociais* (55 direitos declarados nos arts. 6º a 11);

c) *Nacionalidade, Direitos Políticos e Partidos Políticos* (4 direitos declarados nos arts. 12 a 17).

A ideia de *direitos fundamentais* refere-se intuitivamente àquilo que está na *base* e no *fundamento* de todos os demais direitos, dada a sua *essencialidade* para a existência do homem como ser pessoal e social.

Algumas conclusões se podem tirar da simples *denominação* desses direitos:

a) estando ligados diretamente à *existência e sobrevivência da pessoa humana*, não podem ser objeto de constituição, mas de *declaração*, como *preexistentes* ao Estado politicamente organizado (como ocorre com a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, formulada na Revolução Francesa de 1789, e com a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, formulada pela ONU em 1948)[4];

b) gozam de um *status jurídico diferenciado* em relação aos demais direitos, merecendo especial proteção e garantia (uma delas a sua *inalterabilidade*, conforme se infere do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, que coloca os direitos e garantias individuais como *cláusulas pétreas*, infensos à abolição por reforma constitucional);

c) estruturam-se observando-se uma *hierarquia de valores*, segundo a qual há *direitos mais fundamentais do que outros*, na medida em que são pressuposto da existência dos demais (nem todos os 137 direitos elencados em nossa Carta Magna possuem o mesmo valor fundamental).

Sob tal perspectiva, colocam-se as seguintes *questões*: Afinal, o que são e de onde vieram os direitos fundamentais? Qual é sua natureza? Em que se fundamentam? O que, em última análise, os justifica? Finalmente, que posição tais direitos ocupam no ordenamento jurídico?

Os *contratualistas* afirmam que os direitos do homem se fundamentam no acordo de vontades, no consenso entre os homens, enfim, no contrato social; os *positivistas*, por sua vez, justificam os direitos do homem a partir do direito posto; já os *historicistas* defendem que os direitos humanos variam no tempo e no espaço.

Nenhuma dessas linhas do pensamento jusfilosófico parece conter elementos suficientes para esclarecer de forma decisiva a questão da fundamentação dos direitos humanos, conforme procuraremos demonstrar. Sob essa perspectiva, buscam-se as respostas no *jusnaturalismo*, corrente que, defendendo a existência de leis naturais – anteriores e superiores ao Estado e ao direito posto –, entende serem *inatos os direitos humanos*.

Em meio à diversidade de concepções sobre o direito natural, a opção preferencial feita no presente trabalho é pela *vertente empirista do jusnaturalismo*, como linha de pensamento filosófico que melhor explica os direitos humanos fundamentais. Iniciada indiscutivelmente por *Aristóteles*, no século IV a.C., e aprimorada por *Tomás de Aquino*, no século XIII, tem como expoentes atuais as figuras de *Johannes Messner* (1891-1984), *Michel Villey* (1914-1988), *Javier Hervada* (1934) e *John Finnis* (1940).

Assim, a ótica sob a qual será analisada a existência e justificação dos direitos humanos fundamentais é a da *filosofia aristotélico-tomista* – denominada por *Wilhelm Leibniz* (1646-1716) de *"philosophia perennis"*. É com base nessa corrente filosófica que se buscou traçar, ainda que de forma aproximativa, tendo em conta a complexidade e a profundidade da matéria, as linhas básicas do que a filosofia da escolástica medieval, aliada à tradição grega, desenvolveu acerca do homem, sua natureza e fins existenciais.

As diversas *teorias relativistas* que atualmente dominam o Direito e a Filosofia rejeitam veementemente a ideia de que possam efetivamente existir *princípios, leis e direitos naturais – universais e invariáveis –*, nos quais se fundamentam os direitos do homem. A esse respeito, sentencia *Michel Villey*:

"Pretender tirar da natureza um direito é hoje profundamente chocante

> porque afirmam ser oposto à lógica elementar extrair, a partir de verdades sobre o fato, sobre o que existe, conhecimentos sobre o dever-ser. (...) É por isso que o direito natural não tem mais nenhuma vigência ao nosso redor: mesmo aqueles que não ousam rejeitar totalmente sua ideia só costumam aceitar monstruosos sucedâneos seus”[5].

Entretanto, não estaria justamente no *relativismo moral e cultural* hoje reinantes a raiz do problema para uma adequada fundamentação dos direitos humanos? Não seria justamente esta moderna rejeição à ideia de se *“tirar da natureza um direito”* um dos obstáculos que se levantam contra a concretização dos direitos do homem?

A resposta a essas indagações parece ter sido dada há muito por *Tomás de Aquino,* que, ousando restabelecer uma *“dialética profana”*[6] com o mundo pagão de *Aristóteles* – a quem se referia como *“o filósofo”* –, logrou formular uma *Teoria do Direito Natural*, que, com um realismo único e uma perfeita lógica de conceitos, reabilitou o que há de mais próprio e exclusivo ao homem – *a razão humana* –, para identificar precisamente nela o *fundamento último* dos *direitos do homem.*

Assim, os direitos humanos fundamentais podem ser associados à ideia de *Direito Natural,* como decorrente da *natureza humana*, comum a todos os homens, o que lhes dá perenidade. Mas a essa ideia se chegou em lenta evolução, marcada por idas e vindas na fundamentação desses direitos, em confronto com o *Direito Positivo*, referente ao *ordenamento jurídico específico de cada Estado* soberano, variando no tempo e no espaço.

3. Evolução histórica do conceito de direito natural

Os termos *jusnaturalismo* e *Direito Natural* não têm uma conceituação unívoca e abarcam *concepções distintas* de fundamentação do ordenamento jurídico, muitas delas antagônicas. Cada uma das várias *correntes jusnaturalistas* pretendeu, ao longo da História, explicar o direito natural de forma diversa, tendo como *ponto em comum* o fato de sustentarem a *existência de uma “ordem natural” das coisas.* É preciso, portanto, separar o joio do trigo se se pretende embasar o Direito Positivo no Direito Natural.

3.1. Jusnaturalismo sofista

Os mais antigos jusnaturalistas foram os sofistas, filósofos gregos que, paradoxalmente, desenvolveram visão diametralmente oposta ao genuíno jusnaturalismo. Conhecidos através dos diálogos de *Platão* (427-347 a.C.), os *jusnaturalistas sofistas* preocupam-se com o fundamento da ordem social, que seria distinto das leis humanas. Não chegam a captar a essência racional da lei natural, por confundi-la com o *elemento instintivo no ser humano* (*"cupiditas naturalis"*), tornando o *dever-ser* equivalente ao *ser*.

É paradigmático, para compreender a visão sofista do Direito Natural, o diálogo entre *Sócrates* (470-399 a.C.) e *Cálicles* (445-395 a.C.), recolhido por *Platão* no *Górgias. Sócrates*, a certa altura do debate, sustenta que *é preferível sofrer uma injustiça do que praticá-la* (*"O maior mal é aparecer no além carregado de injustiças"*). *Cálicles* tenta desbancar Sócrates, defendendo a tese de que sofrer uma injustiça é que seria intolerável e não o praticá-la. Pela *Natureza*, diz o sofista (com palavras que Platão lhe coloca na boca), o *forte deve imperar sobre o fraco*, e as leis seriam apenas a imposição da vontade dos mais fracos (da massa), devendo ser superadas pela virilidade dos fortes:

> "Desde a meninice que tratamos como leões os melhores e mais poderosos de nós: oprimimo-los, enganamo-los e subjugamo-los, ao dizer-lhes que devem contentar-se com ser iguais aos outros e que é isto o nobre e o justo. Quando, porém, surge um homem de natureza realmente poderosa, sacode tudo isto, rompe as cadeias e liberta-se, calcando aos pés todo o nosso amontoado de letras e sortilégios, as nossas artes mágicas e as nossas leis contra a natureza; e ele, o escravo, levanta-se e aparece como senhor nosso: é então que brilha em todo o seu esplender o direito da natureza" (483 C-8 D).

Sustenta, pois, o *direito dos fortes* e critica o *princípio igualitário* da democracia, assegurado pela lei. *Trasímaco* (440-395 a.C.), natural da Calcedônia, seguia na mesma linha de pensamento.

Temos aqui o mais emblemático exemplo de *sofisma*, que *nega o Estado de Direito* e justifica o Estado da Força. Outros sofistas de menor envergadura sustentariam posições que, de comum, têm apenas o fato de se comparar a *lei humana* e a *lei natural*, valorizando esta última, sem

compreender a verdadeira relação de fundamentação que esta tem sobre aquela.

Com efeito, *Hípias* (450-400 a.C.), natural de Élida, sustentava que a *lei natural* era a da *igualdade entre todos os homens*, sendo que as leis humanas é que dividiriam e separariam os homens.

Antifonte (445-395 a.C.), natural de Atenas, ia mais além, ao dizer que a lei da natureza é que seria a verdadeira, e a *lei positiva mera opinião*. Por isso, poderia ser desrespeitada. Chegou a afirmar que se poderia tranquilamente transgredir as leis, desde que ninguém o soubesse. Criticava a *multiplicidade das prescrições legais* como contrária à natureza. Chegava a essa conclusão ao observar que cada cidade tinha as suas leis e o que era aceito numa era reprovado noutra. Assim, a única norma acima dessa *incerteza* seria a da Natureza.

De acordo com *Giovanni Reale* e *Dario Antiseri*, o sofista *Antifonte* acabou mesmo por radicalizar a "antítese entre '*natureza*' e '*lei*', afirmando, com expressões eleáticas, que a '*natureza*' é a '*verdade*' e que a '*lei*' positiva é a '*opinião*', estando elas, portanto, quase sempre em antítese uma com a outra. Consequentemente, chega ao ponto de dizer que se deve seguir a lei da natureza e transgredir a dos homens, quando se puder fazê-lo impunemente"[7].

Crítias (440-390 a.C.), discípulo de Górgias, registrou em seu diálogo *Sísifo* que os *deuses* seriam invenções humanas, verdadeiros espantalhos introduzidos pelos políticos, para *garantir o cumprimento das leis*, quando não houvesse testemunhas presentes, de modo a afastar as cogitações de Antifonte sobre o cumprimento espontâneo das leis, independentemente do controle estatal.

Em suma, os *jusnaturalistas sofistas* desprezavam a *lei positiva*, por se *opor à lei natural*, quer impondo uma igualdade inexistente na Natureza (Cálicles e Trasímaco), quer distinguindo os homens, onde a Natureza os igualou (Hípias, Antifonte e Crítias). Pode-se dizer que igualaram *Direito* a *Poder*, e *Lei Natural com Lei do Mais Forte*, o que nos faz descartar de plano tal escabelo para sustentação dos *direitos humanos fundamentais*, como... sofista, ou seja, no sentido em que a palavra hoje é empregada, de argumento retórico baseado em premissa falsa, mas com aparência de sustentabilidade.

Nesse sentido segue a crítica de *Javier Hervada* à corrente sofista:

> “Acepciones estas francamente inadmisibles por excluir toda valoración ética; de admitirse, esto supondría aceptar que toda expoliación, toda dominación, todo despotismo, toda violencia serían conforme al derecho, con tal de tener la fuerza. Por otra parte, no se puede confundir la fuerza con el derecho; mientras el derecho pertenece al deber-ser, la fuerza es un simple hecho”[8].

3.2. Jusnaturalismo teológico

Tão antigo quanto o jusnaturalismo sofista, temos o *jusnaturalismo teológico*, que congrega antigos e modernos pensadores cujo denominador comum é fundamentar o Direito Natural na *Vontade de Deus*, como Supremo Legislador da Natureza, já que seu Criador.

Mais do que de Direito Natural, a concepção da Antiguidade era de *Lei Natural* impondo *deveres* aos membros da sociedade, os quais os cumpririam naturalmente quando adquirissem as *virtudes* que aperfeiçoam a natureza humana e conduzem à *excelência moral* no comportamento (cf. Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, Livro I).

A ideia de *direitos* é moderna. A concepção de *justiça* dos antigos era a do *cumprimento acabado dos próprios deveres* (virtude ou hábito de dar a cada um o seu direito). Já os modernos invertem os termos da equação no binômio *direito-dever*, para ver na justiça a *exigência de respeito aos próprios direitos*. Passa-se da tônica altruísta para a egoísta.

O mais antigo e elevado *Código Moral*, misto de *Lei Positiva e Natural* (por ser revelada por Deus, mas dedutível racionalmente como decorrente das exigências da natureza humana), é o *Decálogo:* os *10 Mandamentos* decretados por Deus a *Moisés* no Monte Sinai cerca do ano 1.800 a.C.

A tradição judaico-cristã assim o recolheu no *Antigo Testamento:*

> “Então Deus pronunciou todas estas palavras: ‘Eu sou o Senhor teu Deus, que te fez sair do Egito, da casa da servidão. Não terás outros deuses diante de minha face. Não farás para ti escultura, nem figura alguma do que está em cima, nos céus, ou embaixo, sobre a terra, ou nas águas, debaixo da terra. Não te prostrarás diante delas e não lhes prestarás culto. Eu sou o Senhor, teu Deus, um Deus zeloso que vingo a iniquidade dos pais nos filhos, nos netos e nos bisnetos daqueles que me odeiam, mas

> uso de misericórdia até a milésima geração com aqueles que me amam e guardam os meus mandamentos. Não pronunciarás o nome de Javé, teu Deus, em prova de falsidade, porque o Senhor não deixa impune aquele que pronuncia o seu nome em favor do erro. Lembra-te de santificar o dia de sábado. Trabalharás durante seis dias, e farás toda a tua obra. Mas no sétimo dia, que é um repouso em honra do Senhor, teu Deus, não farás trabalho algum, nem tu, nem teu filho, nem tua filha, nem teu servo, nem tua serva, nem teu animal, nem o estrangeiro que está dentro de teus muros. Porque em seis dias o Senhor fez o céu, a terra, o mar e tudo o que contêm, e repousou no sétimo dia; e por isso o Senhor abençoou o dia de sábado e o consagrou. Honra teu pai e tua mãe, para que teus dias se prolonguem sobre a terra que te dá o Senhor, teu Deus. Não matarás. Não cometerás adultério. Não furtarás. Não levantarás falso testemunho contra teu próximo. Não cobiçarás a casa do teu próximo; não cobiçarás a mulher do teu próximo, nem seu escravo, nem sua escrava, nem seu boi, nem seu jumento, nem nada do que lhe pertence'" (Ex 20, 1-17).

O Decálogo, como *lei divino-positiva* e *lei natural*, alberga os preceitos e garantias mínimas de *bom convívio social*: normas que *otimizam as relações humanas*. Basta pensar na supressão de algum deles para ver se o convívio social tende a melhorar ou piorar.

Tradicionalmente, separam-se, no decálogo, os *mandamentos do amor a Deus* (3 primeiros), dos *mandamentos do amor ao próximo* (7 últimos). Como ficaria a sociedade, já vítima de violência e exploração sob o pálio da lei, caso fosse invertido o sinal em relação aos mandamentos de amor ao próximo, recomendando-se matar, adulterar, roubar e mentir?

Não é demais lembrar, outrossim, que o fundamento da *fraternidade humana* é a comum *filiação divina*: devemos tratar-nos como irmãos porque somos filhos do mesmo Pai[9].

Com base nessa concepção de lei natural, *Sócrates*, que afirmava ser o *direito natural* como *algo pertencente à divindade*, acaba por renunciar "de antemano a intentar escrutar los misterios de la naturaleza en sí", posto que estes seriam "problemas que pertenecían a la providencia de alguna mente superior (Dios)"[10].

Nesse sentido, *obedecer às leis* seria o mesmo que *obedecer a Deus*. Justiça seria a ordenação da sociedade de acordo com a *razão de Deus*, e as leis dos homens deveriam estar em conformidade com as leis divinas.

Contrapondo-se aos sofistas, principalmente a *Protágoras* (481-411 a.C.) e à sua máxima de que "o homem é a medida de todas as coisas'', já *Platão* (427-347 a.C.), em *As Leis*, dizia que "quem obedece às leis, obedece a Deus", pois "a medida de todas as coisas é Deus'' (716 C). A legislação humana seria um reflexo da lei divina, modelo ideal a ser imitado.

S. Agostinho (354-430), seguindo na tradição idealista platônica, também irá fundamentar a lei natural na lei divina (*A Cidade de Deus*), colocando os mandamentos – o *Decálogo* – como a Aliança de Deus com os homens, de tal modo que Deus "manda" e o homem "legisla" (a lei humana deve estar adequada à lei divina)[11].

Francisco Suarez (1548-1617), teólogo jesuíta, seguirá na mesma linha, desenvolvendo um jusnaturalismo que, para os não crentes, carecerá de justificação.

Samuel Pufendorf (1632-1694), jurista alemão, filho de um pastor luterano e seguidor do pensamento de *Hugo Grotius*, em suas principais obras – *Elementa Jurisprudentiae Universalis* (1661) e *De Jure Naturae et Gentium* (1672) –, fundamentará diretamente na *vontade de Deus* a força normativa do Direito Natural, tendo regido a *primeira cátedra de Direito Natural e Internacional* do mundo, em Heidelberg.

O Renascimento e o Iluminismo, momentos de exaltação do homem, à custa da negação de Deus, ao buscarem na razão o esteio para fundamentar a lei positiva, desprezarão o *jusnaturalismo escolástico*, identificando-o com a corrente teológica, sem distingui-lo do autêntico jusnaturalismo forjado pela Alta Escolástica, conjugando o pensamento grego (Aristóteles) com o pensamento cristão (Sagrada Escritura), em síntese arquitetonicamente construída por S. Tomás de Aquino.

Com efeito, numa sociedade cristã, as premissas da fé sendo indiscutíveis, tornava-se mais fácil remeter ao Supremo Legislador a autoridade que impunha o cumprimento das normas. Chama a atenção, por exemplo, o *Tratado de Direito Natural*, escrito pelo inconfidente mineiro *Tomás Antônio Gonzaga* em 1772[12], que assim começa:

> "Deus, que fez todas as coisas, para o fim de receber delas uma glória acidental, havia de fazer alguma dotada da capacidade precisa para o conhecer. (...) Criou pois ao homem e o dotou de um princípio inteligente, proporcionado a tão grande fim; mas, como a glória de um Deus infinito não devia ser finita, ele o destinou para o Céu, propondo-se assim

primariamente *o receber dele um louvor eterno*, e secundariamente *o dar-lhe também a glória que há de naturalmente resultar da visão de um ente sobre tudo grande e sobre tudo perfeito.*

Para conduzir o homem a este fim, *infundiu no seu coração as leis pelas quais se devia guiar*. Deu-lhe a liberdade, para conformar ou não conformar com elas as suas ações. Enfim, fez tudo o que era necessário para que o homem se fizesse merecedor de uma glória eterna ou de um eterno castigo.

A coleção pois destas leis, que Deus infundiu no homem para o conduzir ao fim que se propôs na sua criação, é ao que vulgarmente se chama *Direito Natural ou Lei da Natureza* (p. 9-10) (grifos nossos)".

O primeiro capítulo dessa obra é dedicado à *demonstração racional da existência de Deus*, como premissa fática sustentadora da lei natural (cfr. op. cit., p. 15-21).

Ora, em que pese ser a *Revelação* um dos caminhos de conhecimento da Lei da Natureza, o fundamento *carece de reconhecimento* por parte do *não crente*, razão pela qual é necessário encontrar sustentáculo que, ligado à razão e não à autoridade, possa ser de mais ampla aceitação (ainda que, em sua essência, não se oponham, obviamente, os princípios encontrados por um ou outro caminho, já que o Autor da Revelação e da Natureza são um e o mesmo Deus).

3.3. Jusnaturalismo aristotélico

Parece-nos que o melhor dos esteios para o *Direito Natural* o encontramos em *Aristóteles* (384-322 a.C.), que teve o mérito de condensar e sistematizar toda a filosofia grega antiga, num corpo de escritos de uma abrangência temática impressionante, que se preservou e chegou até nós, acompanhada por seus comentadores gregos, árabes e latinos.

Quer em seus escritos ligados às hoje denominadas Ciências Exatas, quer em relação às Ciências Sociais, o Estagirita parte da premissa fática, de captação empírica, de que a *Natureza age finalisticamente*, o que se aplica também ao homem, que age sempre com vista a um fim, que é a busca de um bem[13].

A lei natural em *Aristóteles* é decorrência direta da razão humana e, desse

modo, exclusiva do homem, que a experimenta autonomamente dentro de si. Não tem, portanto, fundamento teológico, tampouco nas leis criadas pelos homens[14], que variam no tempo e no espaço, mas sim na própria *natureza do homem*, que é *invariável e universal*, passível de captação pela *experiência*.

Tal *natureza* é a *mesma em todos os locais e épocas*, não variando, pois, no que se refere ao *núcleo essencial* da *moral humana*, isto é, quanto aos padrões de comportamento moral a que o homem é instintivamente chamado a adotar em função de sua natureza eminentemente racional.

Essa lei natural é precisamente o "*dever ser*", que vincula o agir do homem. Este "*dever ser*", derivado da própria *natureza das coisas*, corresponde ao *núcleo essencial dos direitos fundamentais* do homem, identificados pela razão, após captação experimental, e paulatinamente positivados.

A compreensão da *concretude da moral humana* elaborada por *Aristóteles* – que, segundo *Lloyd L. Weinreb*[15], "is solid down to earth" –, é permeada do pensamento de que os parâmetros de comportamento humano são aferidos concretamente, por meio da observação da experiência, e que os princípios éticos e morais, por estarem presentes na natureza do homem, são *objetivamente válidos*[16].

Nesse sentido, para *Aristóteles*, o que explica a essência de um ser não é tanto a sua causa material (do que é feito), formal (em que consiste) ou eficiente (quem o fez), mas a sua *causa final* (para que serve, ou que finalidade tem): a cadeira serve para sentar, a casa para morar, o olho para ver, a chave para abrir, e o homem para...?

Para dar uma resposta à pergunta, que estabelecerá a *concepção aristotélica do Direito Natural*, nada melhor do que sintetizar os pontos do *Livro I da Ética a Nicômaco*, no que parte das opiniões existentes para chegar a um consenso sobre o *fim* ao qual se destina o homem. Assim, o Estagirita, seguindo a lógica formal e a dialética, pondera:

1) Todo *empreendimento* previamente deliberado colima algum *bem* que tem razão de *fim* (o fim da medicina é a saúde, o da economia a riqueza e o da estratégia a vitória).

2) Há finalidades que desejamos por si mesmas e outras que desejamos como meios para alcançar aquelas, que chamamos de *fim último*, por dizer respeito ao *bem mais excelente* (todas as ciências teóricas são

apenas meios para subsidiar a ciência prática por excelência, que é a *política*, no sentido de *ética social* e não apenas individual).

3) A *ciência política* (e da ética) trata do *nobre* e do *justo*, onde há diversidade de opiniões, fazendo parecer que tudo é fruto de convenções, sem fundamento na natureza das coisas.

4) Há unanimidade em reconhecer que a *felicidade* é o *bem mais excelente* e meta da ética (política), mas no que consiste divergem as opiniões no tempo e no espaço.

5) Para o vulgo, a felicidade se confunde com o *prazer*; para o nobre, está na *honra*; para o prudente, está na *sabedoria*; para muitos, está na *riqueza* (no entanto, nenhum deles parece ser o bem supremo, mas, quando muito, apenas meios de o alcançar).

6) A divergência de opiniões decorre do fato de que a *ideia de bem* se aplica a todas as *categorias* do ser (substância e acidentes), não se podendo falar, como pretenderam os autores da *Teoria das Ideias* (Platão e outros discípulos), num *único bem universal e ideal* que explique e fundamente a apetência de todos.

7) O *bem*, no sentido mais amplo, que a tudo abarcasse, seria *aquele pelo que tudo o mais é feito*, ou seja, a ele subordinamos todos os demais fins. Esse bem *autossuficiente e completo* só pode ser a *felicidade*, para a qual a sabedoria, prazeres, riqueza e virtude são apenas meios de se obter. Assim, a felicidade seria o *bem mais excelente e a finalidade última de todas as ações*. O próprio *homem* teria uma *função* ou objetivo específico de sua natureza, que seria o *exercício ativo das faculdades da alma humana em conformidade com a virtude e a razão.*

8) Os bens que podem ser meios para se chegar à felicidade são externos ou internos ao homem, sendo estes últimos os mais apetecíveis, que são a *sabedoria* e a *virtude*, os quais dão um *prazer superior* ao meramente físico e externo (mais duradouro e profundo).

9) A *felicidade* seria fruto da sorte, dádiva divina ou *prêmio da virtude*?

10) A felicidade está por cima da roda da fortuna, sendo produzida pelo *exercício ativo de nossas faculdades em conformidade com a virtude.*

11) Os *infortúnios* que possamos ter na vida podem afetar mais ou menos a nossa felicidade, mas não a ponto de miná-la.

12) Enquanto uma ação nobre e a virtude são *louváveis* (meios), a

felicidade é *valorável* (fim).

13) A *felicidade* é uma atividade da alma em conformidade com a virtude perfeita, e cabe ao verdadeiro estadista tornar os cidadãos virtuosos e respeitadores da lei. A felicidade significa a *excelência da alma*, e esta se divide nitidamente em 2 partes, a *racional* e a *apetitiva*, correspondendo à primeira as *virtudes intelectuais* (dianoéticas) e à segunda as *virtudes morais* (éticas).

Nos livros que se seguem, *Aristóteles* trata da aquisição das virtudes em geral e das principais virtudes em particular. No entanto, o que interessa para o estudo do *Direito Natural* é que fundamenta o *dever-ser* na observação do *ser* das coisas, a partir da captação dos *fins existenciais* que movem os homens, sintetizados na *busca da felicidade*, considerada como *excelência intelectual e moral*, a ser alcançada.

Portanto, a *Lei Natural*, a ser observada pela sociedade, seria aquela que, conformada aos *fins existenciais* do homem, aponta para o *comportamento mais perfeito* a ser seguido, que torna os homens *mais felizes e otimiza o convívio social.*

Werner Jaeger, em sua obra clássica *Paideia*, sobre a cultura grega, reconhece que o *jusnaturalismo autêntico* já se vislumbrava na tradição grega clássica:

> "Só havia duas possibilidades para os Gregos do séc. V: ou a lei do Estado é a norma suprema da vida humana e está em concordância com a ordenação divina da existência, de tal maneira que o Homem e o cidadão são uma e a mesma coisa; ou as normas do Estado estão em contradição com as normas estabelecidas pela natureza ou pela divindade, caso em que o Homem pode deixar de reconhecer as leis do Estado"[17].

Em suma, a *oposição entre Lei Natural e Lei Positiva* deveria, para Aristóteles, ser solvida em favor da primeira, por estar de acordo com a Natureza. No entanto, na *Política*[18], reconhece que é melhor para o Estado ter *leis* ruins, mas *estáveis*, do que leis em contínua mudança, por melhores que sejam (B8, 1268b 27).

3.4. Jusnaturalismo tomista

S. **Tomás de Aquino** (1224-1274), sem dúvida a grande cabeça da Idade Média, ao lado de S. **Agostinho**, teve como um dos méritos, não menores, o de apoiar sua construção teórica na filosofia aristotélica (como o Bispo de Hipona o fez com o pensamento platônico). Nesse sentido, pode-se falar em *síntese aristotélico-tomista* para o fundamento que desenvolve para o *Direito Natural*, de caráter racional e empírico, cuja solidez e harmonia de princípios recomenda uma explanação mais ampla, já que, a nosso ver, não chegou a ser superada por nenhuma outra posterior (mas apenas incompreendida por uns ou aperfeiçoada em seus desdobramentos por outros). Daí chamarmos de *jusnaturalismo clássico* aquele oriundo da fusão do pensamento de Aristóteles e Tomás de Aquino, revisitado e prestigiado modernamente por mestres tanto de tradição romano-germânica quanto anglo-americana[19].

S. **Tomás de Aquino** discute o tema do *Direito Natural* em duas partes da *Suma Teológica*[20]: quando trata das questões relativas à *lei* (I-II, q. 90-108) e quando aborda as questões relativas à *justiça* (II-II, q. 57-80).

Para se entender o que é a *lei natural*, deve-se analisar o gênero *"lei"* e a espécie *"natural"*, distinguindo-a das demais que estão sob o denominador comum de lei.
Eis a *definição* que S. Tomás dá de *lei*:

> "A lei é certa regra e medida dos atos, segundo a qual alguém é levado a agir ou a apartar-se da ação. Diz-se, com efeito, lei do que deve ser ligado, pois obriga a agir" (I-II, q. 90, art. 1, resp).

A *lei natural* se distingue da *lei positiva* pelo fato da primeira decorrer da *natureza das coisas* e a outra ser *editada pelo homem*.

> "O direito ou o justo vem a ser uma obra ajustada a outrem, segundo certo modo de igualdade. Ora, isso pode realizar-se de duas maneiras: 1º em virtude da *natureza mesma da coisa* (...) isso se chama o *direito natural*; 2º por *convenção ou comum acordo* (...) que se pode dar de dois modos: primeiro, por uma convenção particular, quando pessoas privadas firmam entre si um pacto; segundo, por convenção pública, quando todo o povo consente que algo seja tido como adequado ou proporcionado a outrem, ou assim o ordena o príncipe, que governa o povo e o representa. Isso se chama *direito positivo*" (II-II, q. 57, art. 2, resp).

Duas, portanto, seriam as *fontes do direito*:

a) a *natureza* (modo de ser próprio de cada espécie) – fazendo com que se devam respeitar os direitos personalíssimos de cada indivíduo, concernentes à sua vida, liberdade, igualdade e propriedade;

b) a *convenção* (acordo de vontades ou contrato) – fazendo com que o pactuado se torne obrigação entre as partes (“*pacta sunt servanda*”).

Vista a questão por outro ângulo, verifica-se que a própria *Natureza* tem em seu *Criador* a origem. Daí que também a Natureza possui um *Legislador* que lhe impôs as leis:

> “Toda lei procede da razão e da vontade do legislador: a lei divina e natural, da vontade racional de Deus; a lei humana, da vontade do homem regulada pela razão” (I-II, q. 97, art. 3, resp).

O *jusnaturalismo tomista* é de cunho *experimental* (fruto da observação do modo de agir dos seres, que nisso consiste a natureza), não se confundindo com o *jusnaturalismo teológico* de *S. Agostinho* (que colocava na Vontade de Deus o fundamento da ordem jurídica natural).

O que S. Tomás distingue é quanto às vias pelas quais se pode chegar à lei natural:

a) pela *razão*, observando-se a natureza ou modo de agir dos seres;

b) pela *revelação*, acolhendo pela fé os mandamentos dispostos por Deus.

Com efeito, a própria lei natural, para ser conhecida por todos, deve ser *positivada*, ou seja, *escrita*:

> “A lei é escrita não para vantagem particular, mas para a comum utilidade do cidadão” (I-II, q. 90, art. 2, sed).

Ora, pode-se *inferir*, da *observação da natureza humana*, quais as regras de conduta que otimizam o convívio social e conduzem à consecução da felicidade pessoal e social. No entanto, quatro motivos levam à necessidade da *promulgação* da lei natural por uma autoridade (divina na revelação e humana na promulgação), positivando-a (cfr. I-II, q. 91, art. 4):

a) o *duplo fim do homem* (natural relacionado à felicidade terrena e sobrenatural relacionado à bem-aventurança eterna) exige que, com relação ao *fim sobrenatural*, que excede à razão humana, houvesse uma explicitação dos meios (ordenação dos atos humanos) para se atingir

esse fim (lei nova, promulgada por Cristo, numa ética mais exigente do que a antiga lei mosaica);

b) a *incerteza do juízo humano*, verificando-se *equívocos* na captação da ordem moral natural, fruto do influxo das paixões (cfr. I-II, q. 94, art. 6, resp), que distorcem o juízo da razão especulativa, visando a justificar o que interessa que seja a regra moral (leis diversas e contrárias).

c) *necessidade do conhecimento* das regras morais básicas, desde o início da vida moral do homem, quando atinge a idade da razão (perto dos sete anos de idade);

d) *demora* em se chegar individualmente a captar perfeita e completamente a ordem moral natural.

Referindo a autoridade de S. **Isidoro de Sevilha** (570-636), no *Livro das Etimologias*, S. Tomás descreve as *qualidades* da lei positiva:

"Será a lei honesta, justa, possível segundo a natureza, segundo o costume da pátria, conveniente ao tempo e ao lugar, necessária, útil; será também clara, de sorte a não conter por obscuridade algo capcioso; escrita não por interesse privado, mas para a utilidade comum dos cidadãos" (I-II, q. 95, art. 3, vid).

Assim, para S. Tomás de Aquino, a *lei positiva* tem por fim a *ordenação dos atos humanos ao bem comum da sociedade* e como agente ordinatório:

a) o *povo* (modelo da democracia grega);

b) o *governante* (modelo das monarquias europeias).

Assim se expressava o Doutor Angélico:

"A lei propriamente, por primeiro e principalmente, visa a ordenação ao bem comum. Ordenar, porém, algo para o bem comum é ou de toda a multidão ou de alguém que faz as vezes de toda a multidão. E assim constituir a lei ou pertence a toda a multidão, ou pertence à pessoa pública que tem o cuidado de toda a multidão" (I-II, q. 90, art. 3, resp).

O *fundamento da autoridade do soberano* está, de qualquer forma, no fim a ser buscado pela lei, que é o *bem comum do povo:*

"A lei não é outra coisa que uma ordenação da razão para o bem comum, promulgada por aquele que tem o cuidado da comunidade" (I-II, q. 90, art. 4, resp).

Ao contrário de *Protágoras*, que dizia que *"o homem é a medida de todas as coisas"*, S. Tomás distingue entre as *construções humanas* e as *coisas naturais*, cuja repercussão no campo do Direito diz respeito à distinção entre o que é de *direito natural* (decorre da natureza das coisas, sobre as quais o homem não dispõe) e o que é de *direito positivo* (obra legislativa humana, sobre os diferentes modos de organizar a sociedade no tempo e no espaço). Assim se expressava o Aquinate:

"A razão humana em si mesma não é regra das coisas, mas os princípios inatos são certas regras gerais e medidas de todas aquelas coisas que devem ser feitas pelos homens, das quais a razão natural é regra e medida, embora não seja a medida daquelas coisas que são pela natureza" (I-II, q. 91, ad 2).

Para S. Tomás de Aquino, há vários *sentidos* e *abrangências* do conceito de *lei*, como ordenação racional das coisas:

a) *lei eterna*, como ordenação do Universo pela Inteligência Divina (uma das cinco "vias" tomistas de demonstrar racionalmente a existência de Deus – a "quinta via" é precisamente a observação da ordem do Universo, sendo que toda ordem é manifestação de uma inteligência, o que mostraria um Deus Pessoal, criador e mantenedor dessa ordem universal):

"Suposto, porém, que o mundo seja regido pela providência divina, é manifesto que toda a comunidade do universo é governada pela razão divina. E assim a própria razão do governo das coisas em Deus, como existindo no príncipe do universo, tem razão de lei" (I-II, q. 91, art. 1, resp).

"Diz Agostinho que 'a lei eterna é aquela pela qual é justo que todas as coisas sejam ordenadíssimas'" (I-II, q. 91, art. 2, 1).

"Em cada criatura racional existe uma inclinação natural àquilo que é consoante à lei eterna; somos, com efeito, nascidos para ter as virtudes, como se diz no livro II da Ética" (I-II, q. 93, art. 6, resp).

b) *lei natural*, como ordenação interna do homem, segundo a sua própria natureza racional (onde os instintos, comuns aos animais, devem se submeter, no homem, pela sua natureza racional, à razão):

“A lei natural nada mais é que a participação da lei eterna na criatura racional” (I-II, q. 91, art. 2, resp).

c) *lei humana*, como a ordenação externa do homem, mediante a lei escrita, aos ditames da razão que captou os preceitos da lei moral natural, positivando-os, além de dispor das demais regras de vida em sociedade:

“Descoberto por esforço da razão, assim também dos preceitos da lei natural, como de alguns princípios comuns e indemonstráveis, é necessário que a razão humana proceda para dispor mais particularmente algumas coisas. E estas disposições particulares descobertas segundo a razão humana, dizem-se leis humanas, mantidas as outras condições que pertencem à razão de lei, como acima foi dito. Por isso, Túlio diz que a origem do direito veio da natureza, depois algumas coisas vieram como costumes por aprovação da razão, finalmente o que veio da natureza e foi aprovado pelo costume foi sancionado pelo medo e pela religião” (I-II, q. 91, art. 3, resp).

d) *lei divino-positiva*, com a promulgação do “Decálogo” no Monte Sinai a Moisés, como sinalização do que a lei moral natural manda ou proíbe, para o bem comum e individual, justamente para evitar erros:

“E assim a lei humana não pôde coibir e ordenar suficientemente os atos interiores, mas foi necessário que para isso sobreviesse a lei divina” (I-II, q. 91, art. 4, resp).

“Em quarto lugar, como diz Agostinho, a lei humana não pode punir ou proibir todas as coisas que se praticam mal, pois, se quisesse retirar todos os males, seguir-se-ia que também se suprimiriam muitos bens, e se impediria a utilidade do bem comum, que é necessário para a convivência humana” (I-II, q. 91, art. 4, resp).

A *lei natural* seria composta dos *preceitos fundamentais* que regem a *razão prática*, da mesma forma que a *razão especulativa* é norteada pelos *primeiros princípios indemonstráveis*. Assim, partindo do primeiro preceito de toda a ordem moral – “faz o bem e evita o mal” –, chega-se, pela *observação* do homem, aos demais preceitos fundamentais do agir humano, de acordo com a natureza das coisas:

a) *direito à vida*, decorrente da inclinação natural à *autoconservação*;

b) *direito à constituição da família*, decorrente da inclinação natural à *conservação da espécie;*

c) *direito à verdade*, decorrente da inclinação natural ao *conhecimento;*

d) *direito à liberdade e igualdade*, decorrente da inclinação natural à *vida em sociedade* (cfr. I-II, q. 94, art. 2, resp).

Exemplo de preceito de ordem natural é aquele que não admite que a *união homossexual* seja considerada casamento, uma vez que vai contra a natureza das coisas (a diferenciação sexual tem um sentido teleológico, de permitir a procriação e a conservação da espécie; do contrário, os animais e o ser humano seriam assexuados):

> "Alguns pecados especiais são ditos contra a natureza; assim contrário à união do macho e da fêmea, que é natural a todos os animais, é o concúbito dos machos, que de modo especial é dito vício contra a natureza" (I-II, q. 94, art. 3, ad 2).

As características básicas da *lei natural*, por decorrer da natureza humana, seriam a sua *generalidade* (abrangendo todos os homens de todos os tempos) – "o direito natural é comum a todas as nações" (I-II, q. 94, art. 4, sed) – e a sua *imutabilidade* (primeiros princípios que não variam no tempo e no espaço) – "o direito natural existe desde a origem da criatura racional, não variando no tempo, mas permanecendo imutável" (I-II, q. 94, art. 5, sed).

Reconhecendo a *captação histórica* dos direitos humanos, S. Tomás de Aquino admite apenas uma espécie de *mutação* em relação aos *direitos fundamentais*, que seriam os *primeiros princípios*, que é a *adição*, ou seja a constatação de que novos aspectos da vida humana estão ligados essencialmente à sua existência e dignidade:

> "Pode-se entender que a lei natural muda, de dois modos. De um modo, por algo que se lhe acrescenta. E dessa maneira nada proíbe que a lei natural seja mudada: muitas coisas, com efeito, foram acrescentadas à lei natural, úteis para a vida humana. (...) De outro modo, entende-se a mudança da lei natural a modo de subtração, a saber, de modo que deixe de ser de lei natural algo que antes fora segundo a lei natural. E assim quanto aos primeiros princípios da lei da natureza, a lei da natureza é totalmente imutável. Quanto, porém, aos preceitos segundos, que dizemos ser como que conclusões próprias próximas dos primeiros princípios,

assim a lei natural não muda sem que na maioria das vezes seja sempre reto o que a lei natural contém. Pode, contudo, mudar em algo particular, e em poucos casos, em razão de algumas causas especiais que impedem a observância de tais preceitos (...). Quanto, pois, àqueles princípios comuns, a lei natural, de nenhum modo, pode ser destruída dos corações dos homens, de modo universal. Destrói-se, porém, em algo particular prático, segundo o qual a razão é impedida de aplicar o princípio comum ao particular prático" (I-II, q. 94, art. 5, resp).

O *jusnaturalismo tomista* difere fundamentalmente do *jusnaturalismo iluminista* pelo fato de *não derivar toda a lei positiva da lei natural*. Para os iluministas franceses, haveria, para cada norma de conduta do homem em sociedade, uma regra ideal, de caráter natural. Assim, com a promulgação do *Código de Napoleão* em 1807[21], monumento legislativo do "Século das Luzes", pensou-se que seria definitivo, pois albergaria as melhores regras de conduta no âmbito das relações civis entre os cidadãos. Nesse sentido, a suprema vitória do jusnaturalismo iluminista com a codificação napoleônica foi a sua mais *rotunda derrota para o positivismo jurídico*, uma vez que fossilizou parâmetros secundários, não derivados necessariamente do direito natural, mas fruto das opções diversas em matéria política.

S. Tomás, ao tratar da *derivação da lei humana da lei natural*, fazia a seguinte distinção (cfr. I-II, q. 95, arts. 2 e 4):

a) *direito das gentes* – deriva da lei natural como *conclusão* dos primeiros princípios: a derivação é *absoluta e invariável*, não podendo as normas de direito positivo, com relação aos direitos humanos fundamentais, contrariar os princípios básicos da ordem natural;

b) *direito civil* – deriva da lei natural como *determinação* das regras gerais para os casos específicos: a derivação é *relativa e variável*, na medida em que as situações e circunstâncias mutáveis da vida em sociedade, ao exigirem uma regulação específica, recebem tratamento conforme a conveniência de cada momento ("a lei da natureza determina que aquele que peca seja punido; mas que seja punido por tal pena é uma determinação da lei da natureza" e, portanto, variável a pena no tempo e no espaço).

Assim, o *direito natural* corresponderia apenas ao *direito das gentes*, quando positivado (cfr. II-II, q. 57, art. 3), ou seja, ao direito comum a todos os povos e nações, em face de decorrer diretamente da natureza

humana em suas necessidades fundamentais.

O próprio *direito civil* não teria condições de regular todas as condutas sociais e coibir todos os males que podem ocorrer numa sociedade, sendo *pretensão descabida a da plena regulação da atividade humana pelas normas legais*:

> "A lei humana é imposta à multidão dos homens e nessa a maior parte é de homens não perfeitos na virtude. E assim, pela lei humana não são proibidos todos os vícios, dos quais se abstêm os virtuosos, mas tão só os mais graves, dos quais é possível à maior parte dos homens se abster; e principalmente aqueles que são em prejuízo dos outros, sem cuja proibição a sociedade humana não pode conservar-se" (I-II, q. 96, art. 2, resp).

A *lei positiva*, para S. Tomás, obriga em consciência, quando *justa*, e perde força vinculante, quando *injusta*, ao ponto de não ser lícito obedecê-la, quando em descompasso com o direito natural (cfr. I-II, q. 96, art. 4, resp).

A *lei positiva*, tanto quanto a *lei natural*, se aplica a todos, governantes e governados: *"Todo aquele que estabelece um direito para outro deve usar o mesmo direito"* (I-II, q. 96, art. 5, ad 3). Nesse sentido, S. Tomás, em plena Idade Média, deixava claro que *os reis estavam submetidos às leis que impunham aos súditos*, não gozando de privilégio no que diz respeito principalmente ao direito natural.

As próprias leis positivas deveriam ser *bem redigidas*, para evitar *interpretações*. No entanto, havendo dúvida sobre o comando oriundo da norma legal, deve o aplicador da lei – fundamentalmente o juiz – atentar para a razão teleológica da norma, na qual se fundou o legislador para editá-la. Nesse sentido, refere a autoridade de S. *Hilário de Poitiers* (315-367), quando escrevia:

> "A compreensão das palavras deve ser tomada das causas do dizer, pois não deve a realidade submeter-se ao discurso, mas o discurso à realidade. Logo, deve-se atender mais à causa que move o legislador do que às palavras mesmas da lei" (I-II, q. 96, art.6, sed).

Finalmente, quanto à *mutabilidade das leis humanas* (I-II, q. 97, art. 2), S. Tomás reconhece, por um lado, a *necessidade de adaptação* aos tempos e

circunstâncias novas, mas, por outro, que o *costume* na condução da vida, de acordo com determinadas regras, é garantia de cumprimento da norma ("as leis têm a máxima força pelo costume"), sendo inconveniente a mudança da norma se não houver real necessidade e utilidade ("nas coisas novas a serem constituídas, deve ser evidente a utilidade para que se afaste daquele direito que pareceu justo por muito tempo").

3.5. Jusnaturalismo moderno

O *jusnaturalismo moderno* (também conhecido como *iluminista*, ao ser esgrimido por parte dos enciclopedistas franceses do século XVIII) se distingue do jusnaturalismo clássico por pretender *derivar toda lei positiva da lei natural* e por seu *caráter individualista* (o Estado seria apenas a soma das vontades dos indivíduos e não um ente distinto)[22]. Assim, para a vida em sociedade, haveria uma regra de conduta natural e perfeita para cada situação humana. Os contratos seriam feitos de acordo com a reta razão, que deduziria dos princípios do Direito Natural a conduta correta para cada caso concreto.

Assim, *toda lei positiva, para ser legítima*, deveria ser *diretamente proveniente do direito natural* (porque toda lei positiva deveria ser decorrência direta do que entendiam ser proveniente da natureza). Deveria sempre haver, para os adeptos dessa visão, uma regra de conduta natural, e por isso perfeita, para cada situação da vida humana. O direito positivo, então, deveria deduzir cada previsão mínima do convívio social a partir do direito natural.

Essa corrente representa a *laicização* do Direito Natural. Tem como seu precursor *Hugo Grotius* (1583-1645), autor da obra *De Iure Belli ac Pacis* (1625). Para ele, o Direito Natural estaria baseado na natureza racional e social do homem, mas não na natureza humana ideal concebida pelos escolásticos, senão numa natureza humana totalmente corrompida pelo pecado original, conforme a visão protestante.

Opondo-se ao juspositivismo teológico, sustenta que a *suprema autoridade do Estado vem do povo*, que a outorgaria ao soberano, para exercê-la no seu interesse. Mas havendo usurpação dessa autoridade, contra o Direito Natural, caberia ao povo o direito de resistência.

O empirista *John Locke* (1632-1704), partindo de sua concepção

gnoseológica de só se aceitar como cognoscível o que pudesse ser *captado pelos sentidos* (“Ensaio sobre o Intelecto Humano”), rebaixa a Ética ao nível de sociologia: investigar o que a sociedade em diferentes lugares e tempos aprova ou desaprova. Ao falar dos *direitos naturais* dos cidadãos, a serem respeitados pelo Estado, entende-os como aqueles *convencionalmente reconhecidos na sociedade*[23]. Não chega, em face de suas premissas gnoseológicas empiristas, a perceber a necessidade de um fundamento mais estável para o Direito Natural que não o consenso social.

Comparando o *jusnaturalismo tomista com o jusnaturalismo iluminista*, *Alexandre Corrêa* dizia que os *princípios fundamentais da lei natural* sendo “base, alicerce, ponto de partida apenas, não formam um direito ideal, como erradamente pensa *Hauriou*, mas um direito rudimentar (...) O direito natural é insuficiente e incompleto e tem necessidade de ser completado pelo direito positivo”, o que não significa “que seja inútil ou inexistente, porque se o fosse, o juiz não estaria ligado à obrigação de fazer justiça, ao sentenciar; nem o legislador a de legislar conforme as exigências do bem comum, e não discricionariamente. Por onde se vê que a negação do direito natural levaria a justificar os mais monstruosos despotismos, ao mesmo tempo que despiria o direito de seu caráter científico. Se o direito é uma nobre ciência, é unicamente porque, como todas as ciências, pressupõe princípios universais, necessários e imutáveis, expressão mesma da natureza humana. Mas isso não impede dizermos que a ciência jurídica se apoia na observação e na indução; pois se a divorciarmos da experiência, iríamos cair no erro de *Rousseau, Kant* e outros aprioristas”[24].

Mariana de Andrade Ramalho Cavalcanti comenta a pretensão iluminista de ampla positivação do Direito Natural:

> “Não é difícil compreender que tal concepção de direito natural – esta que parecia ter conferido ao jusnaturalismo plena glória e máxima efetividade – que demonstrou ser ironicamente a razão de sua derrocada, pois é evidente a inviabilidade de uma inteira sistematização da ordem jurídica com base nos preceitos de direito natural. A partir do momento em que se passou a colocar em prática a teoria de que cada lei positiva deveria ser inferida de normas naturais, terminou-se por fazer desaparecer o campo de atuação do direito natural, por transformá-lo em direito positivo.
>
> Consequência direta desse sistema iluminista, claramente falho, foi a crescente substituição do direito natural pelo direito codificado,

> circunstância que levou à supervalorização do direito positivo em detrimento dos princípios supralegais não escritos, dando origem ao positivismo jurídico, corrente que é, na verdade, a própria negação do jusnaturalismo”[25].

Mais modernamente, o prof. Gustav Radbruch (1878-1949), que lecionou na Alemanha até a ascensão do Nazismo, representa o *jusnaturalismo fundado no sentido do justo* (o ideal de justiça, sempre buscado e nunca encontrado) e não como mera adequação à lei (*Filosofia do Direito*, 1932)[26]: cai, no entanto, numa visão relativista do Direito, ao não encontrar um fundamento objetivo para estabelecer o que seja a Justiça.

3.6. Jusnaturalismo neotomista

Seguindo na linha aristotélico-tomista, o professor austríaco Johannes Messner (1891-1984) desenvolve uma *versão moderna* do *jusnaturalismo clássico*, calcada na ideia dos *fins existenciais* do homem, ligados à imutabilidade da natureza humana e captados pela observação empírica da vida humana em sociedade.

O Direito Natural seria a *ordem da natureza*, isto é, o agir reto, adequado à natureza racional do homem. Observando-se as forças que atuam no homem, isto é, seus *instintos corporais e espirituais*, captariam-se os *fins existenciais* para os quais os instintos apontam e conduzem, como motores para se chegar a atingi-los.

Assim, os *principais instintos* que se observam no homem, relacionados com os *fins para os quais tendem*, seriam:

- instinto nutricional (fim da autoconservação);
- instinto sexual (fim da conservação da espécie);
- instinto social (fim da ampliação das potencialidades individuais);
- instinto estético (fim da contemplação do mundo);
- instinto cognitivo (fim de ampliação do conhecimento);
- instinto religioso (fim de relação ordenada com o Ser Supremo).

O *instinto fundamental da Natureza Humana* seria o *amor* (que pode ser a uma pessoa, ao dinheiro, ao poder etc.), e o *fim* que resumiria e reuniria todos os outros seria a *felicidade*. Caberia ao homem, seguindo seus

instintos e observando a *hierarquia* entre os bens, agir de forma reta.

Messner mostra como o *jusnaturalismo teológico* e o *jusnaturalismo clássico* seriam dois caminhos de se chegar à mesma *lei natural:*

- como *natureza* – corresponde aos modos de comportar-se das coisas ou seres vivos, que, em virtude da sua natureza, lhes são *imanentes e constantes* (em relação ao homem, é o *modo de agir imanente à sua natureza racional:* com a inteligência, capta o bem moral e com a vontade o cumpre). Dirige o comportamento humano de modo a que os *fins subjetivos* da vontade individual correspondam aos *fins objetivos* da natureza humana;
- como *lei* – corresponde à *vontade de um legislador* (no caso, trata-se da Vontade do Criador, manifestada através da *Revelação* do *Decálogo*, tendo em vista a dificuldade, demora e equívocos nos quais os homens incorrem quanto à captação perfeita das normas morais naturais, em face da *degradação da natureza*, provocada pela queda original, que faz com que a vontade influencie o próprio intelecto: não se reconhece uma realidade, por não se querer que seja verdade).

Nesse sentido, aponta para uma tríplice *fundamentação do Direito Natural*, conjugando as diferentes formas de captação da lei natural (observação, dedução e revelação):

- *ontológico-indutiva* – natureza familial do homem, aprendendo os princípios básicos de convivência na sociedade familiar (princípios da autoridade e solidariedade, numa comunidade de amor);
- *histórico-empírica* – universalidade da consciência moral da humanidade, captada em todos os povos de todos os tempos através de uma ética comparada;
- *teológico-metafísica* – derivação da lei eterna inscrita em todas as coisas, como ordem do Universo, à qual também se submete a criatura racional, através da inteligência e vontade.

As notas *características da Lei Natural* seriam:

- *universalidade* – abrange todos os homens de todos os tempos, uma

vez que todos participam da mesma natureza humana;

- *unidade* – é a mesma para todos os homens, uma vez que não existe senão uma única e mesma natureza humana (raças, etnias, culturas, línguas ou religiões não diferenciam substancialmente o homem). Não existe uma *dupla moral* (pública e privada), já que a ordem moral é indivisível (unicidade de preceitos);
- *suscetibilidade de diferenciação* – a igualdade natural de todos os homens só pode ser desobservada em face da diferenciação de funções, na distribuição dos encargos na sociedade (divisão social do trabalho);
- *imutabilidade* – não muda com o tempo ou no espaço, mas está sujeita a uma maior ou menor captação ao longo da história e pelas diversas culturas e sociedades (evolução no conhecimento e percepção das condições de dignidade da pessoa humana).

O *processo de captação* da lei natural se daria não como princípios formais e abstratos, mas com conteúdo objetivo e concreto, a partir do uso da razão pela criança, na comunidade familiar, pelo sistema das recompensas e castigos, até perceber o conteúdo das *normas mínimas de convivência civilizada*, independentemente da premiação, em 3 momentos:

- apreensão empírica e vivencial concreta das normas morais;
- penetração na essência e validade universal dessas normas;
- descoberta do imperativo do dever das normas (pautado na dependência do ser e na existência ontológica de um poder ordenador).

Essa captação da lei natural, que, na criança, se dá inicialmente pelo sistema dos prêmios e castigos impostos pelos pais, passa, no adulto, a estar ligada a uma espécie mais elevada e profunda de *sanção*, quando do descumprimento dos imperativos da Lei da Natureza:

- *sanção interna* – remorso da consciência;
- *externa* – frustração maior ou menor na consecução da felicidade a que está o homem destinado (infelicidade maior ou menor, em face da troca de bens mais valiosos por outros de caráter efêmero).

Com efeito, o *descumprimento da lei natural* pelo homem e a não adequação da lei positiva, naquilo que diz respeito aos direitos humanos fundamentais, à lei natural, tem como resultado, a médio e longo prazo, a *deterioração do convívio social* e a construção de uma *sociedade frustrada*, composta por *homens infelizes*, que não sabem para que vivem.

Portanto, a *essência da lei natural* está na harmonia entre a conduta do homem e os fins indicados pela sua natureza, ou seja, na *retidão dos instintos*: busca dos bens adequados à natureza racional do homem, respeitando a *gradação dos fins existenciais* da natureza humana, com *subordinação* dos fins de grau inferior (materiais e biológicos) aos de grau superior (sociais e espirituais), com possibilidade de renúncia parcial de uns, para consecução de outros (verificar o que é permitido, proibido ou exigido). Assim, a aparente *colisão de deveres* um fim existencial de nível inferior só pode prevalecer em face de outro de nível superior quando os deveres baseados neste último não ficarem prejudicados.

Em linha peculiar segue o professor francês Michel Villey (1914-1988), que vê o jusnaturalismo como objeto de *conhecimento dialético*: captação paulatina do que está de acordo com o comportamento natural do homem (*Filosofia do Direito*, 1979[27]). Propõe um *retorno a* Aristóteles, que seria o pai da Filosofia do Direito, e a S. Tomás de Aquino, que conjugou o sentido greco-romano do Direito com a concepção bíblica de Justiça.

Para Villey, o *método* apropriado para a captação das normas de Direito Natural seria o *dialético*, no seu sentido grego original e escolástico medieval: *arte da discussão bem organizada* (diálogo em que as diversas *opiniões* são contrastadas, buscando-se refutar os erros e chegar a verdades, ainda que parciais). Assim, a *dialética jurídica* que conduziria ao conhecimento paulatino da lei natural e de seu conteúdo se desenvolveria de acordo com os seguintes passos:

- *seleção dos contendores* – habilitação para o debate, pelo conhecimento técnico-jurídico (juízes, advogados e promotores);
- *fixação da controvérsia* – qual o problema a ser resolvido (*ponere causam*), com sua delimitação (aonde se quer chegar);
- *apresentação das opiniões* – quais as fontes (lei, jurisprudência, doutrina) das opiniões (*endoxai*) e o grau de credibilidade dos autores invocados (*autoritas*);
- *argumentação* – partindo de pontos de vista geralmente aceitos sobre

o objeto da controvérsia, mostrar as virtudes e defeitos de cada opinião (*audiatur et altera pars*);
- *conclusão* – decidir pela prevalência de uma ou outra opinião, mesmo que não se tenha a certeza de que seja a melhor (mas é a mais convincente): a dialética não é um enfrentamento, mas uma busca comum da verdade (a solução mais justa, ainda que imperfeita).

Na linha aristotélico-tomista segue o Professor *Javier Hervada* (1934), para quem o Direito Natural é "todo direito cujo título não é a vontade do homem, mas sim a natureza humana, e cuja medida é a natureza do homem ou a natureza das coisas"[28]. Para ele, na contraposição do *Direito Positivo* com o Direito Natural, a matéria daquele seria o *indiferente*, aquilo que pode ter várias soluções distintas, conforme a conveniência do momento. Já o *Direito Natural* seria o *núcleo básico*, primário e fundamental de cada ordenamento jurídico positivo, calcado naquilo que decorre diretamente da *natureza humana*, fornecendo *critérios objetivos de justo e injusto*[29].

4. Outras correntes de fundamentação dos direitos humanos

Há um *denominador comum* que assemelha, em sua multifacetada aparência, as correntes não jusnaturalistas, que é a consideração do *fenômeno jurídico* como um *fenômeno exclusivamente cultural e histórico*, ou seja, como produto exclusivo da *vontade humana*.

Ao contrário do *jusnaturalismo*, que parte do reconhecimento da existência de *dados objetivos* referentes à *natureza das coisas*, que devem ser levados em consideração no momento de se legislar, confluindo para embasar a declaração dos *direitos fundamentais* do ser humano, calcada na *juridicidade inerente à pessoa humana*, sujeita de direitos inalienáveis, em face de sua dignidade ontológica, as *correntes contratualista, positivista, historicista e culturalista* têm em comum a *relativização dos direitos fundamentais*, como fruto da vontade humana, plasmada pela tradição ou pela positivação democrática consensual ou majoritária.

Não é preciso dizer que tal *relativização enfraquece* substancialmente os direitos fundamentais, fazendo-os variar ao sabor da vontade da maioria,

que pode espoliar as minorias de seus direitos mais básicos, como se viu na história recente dos *regimes nazista, comunista e fascista* de Alemanha, Rússia e Itália.

Passamos, a seguir, a fazer as distinções oportunas entre as 3 correntes citadas, em suas matizações de pensadores mais destacados.

4.1. Contratualismo

Para a corrente *contratualista*, todo o *poder emana do povo* (*Montesquieu* – 1689-1755 – *O Espírito das Leis*), e a lei é fruto do *consenso social*, parametrizado pela *vontade da maioria* (*Jean-Jacques Rousseau* – 1712-1778 – *O Contrato Social*).

Em que pese a circunstância de abarcar correntes diversas entre si, o *contratualismo* pode, em *sentido amplo*, ser entendido por "todas aquelas teorias que veem a origem da sociedade e o fundamento do poder político (...) num contrato, isto é, num acordo tácito ou expresso entre a maioria dos indivíduos", enfim, todas as doutrinas que veem no *consenso o alicerce único do poder*[30].

A *premissa puramente teórica* da qual partem os juscontratualistas é a da existência de um *estado pré-social* da humanidade (o "*estado de natureza*"[31]), superado pelo *contrato social* firmado tacitamente pelos homens, dando origem ao Estado como ente corporificador da sociedade politicamente organizada.

Para essa corrente, as *regras de convívio em sociedade* e, em última análise, o *ordenamento jurídico*, derivariam do *acordo de vontades*. Dessa forma, o *elemento legitimador* do ordenamento jurídico seria unicamente o *contrato social*, fruto da aceitação tácita dos indivíduos no sentido de abrirem mão de parcela de sua liberdade – plena apenas no *estado de natureza* –, com o fulcro de dar origem ao Estado, ente necessário à pacificação das vontades, porque é conformador de uma sociedade politicamente organizada.

Assim, o homem não estaria submetido a lei alguma, exceto às leis de sua vontade e liberdade, isto é, as *leis convencionadas no contrato social*, de modo que não deveria obedecer mais do que a si mesmo, pois toda medida ou regulação que fosse proveniente do mundo da natureza – externas à vontade humana, portanto – faria perecer a autonomia e dignidade do ser

humano[32].

Numa visão moderna, o antigo *"contrato social"* é substituído pelo *"princípio democrático"* da prevalência da *vontade da maioria* no que concerne ao estabelecimento das normas jurídicas que nortearão o convívio social.

Com efeito, podemos referir entre os *neocontratualistas* (apenas para referir alguns) os seguintes jusfilósofos contemporâneos, que não se distanciam das premissas teóricas do contratualismo clássico:

a) *Jürgen Habermas* (1929), para quem a *verdade* seria fruto do diálogo intersubjetivo e do *consenso da maioria* (que não erraria), estabelecendo as leis (cfr. *Conhecimento e Interesse*, 1968; *Teoria do Agir Comunicativo*, 1982)[33]. Sua *Teoria consensual da verdade*, segundo a qual a verdade seria fruto de um consenso racionalmente motivado através da *argumentação*, no *diálogo intersubjetivo* (seguindo, como ele mesmo reconhece, no subjetivismo idealista de *Kant*), parte das seguintes premissas (aprioristas e não condizentes com a realidade):

- impossibilidade do erro generalizado (a maioria sempre teria razão);
- distribuição simétrica de oportunidades entre os membros da sociedade (condição idealista do diálogo equilibrado);
- prevalência dos melhores argumentos (a prática parlamentar, no entanto, mostra a prevalência do poder dos votos sobre o dos argumentos: *"a minoria discursa e a maioria vota"*);
- interesse do homem no consenso racional (não absoluto, quando tiver de submeter seus interesses aos dos demais).

b) *John Rawls* (1921-2002), que, em sua *Uma teoria da justiça* (1971)[34], entende a justiça como *imparcialidade* nas decisões, através do *consenso* quanto às regras do processo legislativo e depois o consenso sobre as próprias leis. Sua *teoria contratualista*, da *Justiça* como *Processo*, parte do que denomina um *"artifício processual razoável"*: admissão de uma posição original pré-contratual caracterizada por um véu de ignorância dos contratantes, que permitiria o estabelecimento do pacto social (se todos conhecessem previamente as condições melhores de outros, não aceitariam as regras impostas pelo consenso). Ora, tal *imparcialidade ideal* é *insuficiente* para fundamentar o ordenamento jurídico da

sociedade, por não se reconhecer verdades e valores referentes ao homem que estão acima de qualquer acordo, sendo passível de embasar Estados totalitários gerados pela imposição da vontade da maioria.

c) *Niklas Luhman* (1927-1998), considerando que a *solenidade do procedimento* de tomada de decisões legitimaria as decisões contrárias à parte vencida ("Legitimidade pelo Procedimento"). Com sua *Teoria dos Sistemas*, leva o contratualismo às suas últimas consequências, quando reduz todas as relações sociais a *sistemas* que têm por fim reduzir a complexidade das relações internas (com suas partes) e externas (com o entorno) de si mesmo, sendo *autocriados*, ou seja, autoexplicativos (sem referencial externo). De acordo com sua *Teoria da Comunicação*, a linguagem é um dos principais mecanismos de variação e diferenciação social. E quanto maior a diferenciação, maior a estabilidade social. Não existe um *ego* que comunica, nem um *alter* que recebe a comunicação, mas apenas sistemas que se relacionam (*desumanização do diálogo comunicativo* – o conceito de "homem" carece de referencial concreto, passando a mero operador cognitivo: a noção clássica de ação é substituída pela de comunicação). Cada participante na ação é, ao mesmo tempo, agente e objeto da ação, para si e para outros. Os *valores* careceriam de sentido. Visão limítrofe entre contratualismo e positivismo, mostrando a estreita relação existente entre ambos.

d) *Ronald Dworkin* (1931), que desenvolve o *princípio da integridade*, pelo qual, ainda que não sendo as mais justas, as decisões já tomadas deveriam ser mantidas e reproduzidas, para dar segurança ao sistema (*O Império do Direito*, 1986[35]). O direito seria um conceito *interpretativo* (o legislador seria o intérprete das opções da sociedade e o juiz deveria interpretar a lei à luz das decisões judiciais anteriores). Em que pese rejeitar o mero *convencionalismo* (vontade da maioria) e o *pragmatismo* (aplicação da regra mais conveniente para o caso concreto, com quebra dos precedentes), ao sustentar fundamentalmente a *coerência com o passado* (visão própria do sistema de direito anglo-americano, de valorização dos precedentes jurisprudenciais), esquece que eventuais precedentes em descompasso com os direitos humanos fundamentais não podem ser mantidos.

Ora, o *contratualismo* constitui fundamento insuficiente para embasar todo o ordenamento jurídico, na medida em que nem todas as regras de

convívio em sociedade são fruto do consenso social ou decorrem da vontade popular. A maior parte delas, efetivamente, por ser amparada no *acordo de vontades* (direto ou mediante a democracia representativa), mas desse consenso não participam os *direitos humanos fundamentais*, por decorrerem da própria natureza humana e da dignidade da pessoa humana.

4.2. Positivismo jurídico

O *positivismo jurídico*, como corrente de pensamento jurídico, tem como ponto característico o fato de entender que um ordenamento jurídico, para ser válido e eficaz, deve estar *totalmente positivado em normas legais*, acabando por tratar *Direito e Lei* como *sinônimos*. Na tentativa de purificar o Direito, para torná-lo uma ciência matemática, hermeticamente fechada, salvaguardando-o – assim pensavam seus defensores – dos *"perigos"* de um suposto subjetivismo valorativo inerentes aos conceitos metafísicos[36], o positivismo jurídico pretendeu mesmo retirar do Direito todo o seu conteúdo ético, moral, filosófico ou mesmo político.

De acordo com os positivistas, o ordenamento jurídico é absolutamente fundamentado num sistema determinado de produção de normas jurídicas. Tais normas, ainda que *despidas* da *noção de moral* e desagregadas de seu *conteúdo valorativo*, são validadas pela correta forma de sua criação (noção de validade derivada da adequação às regras preestabelecidas para o processo legislativo).

Nesse sentido, para o *positivismo jurídico*, *"no existe ninguna medida permanente derivada de la natureza de las cosas para la determinación de lo justo, sino que todo depende de la variable determinación de la autoridad creadora de la norma"*[37]. Ou seja, *toda lei editada de forma regular seria vinculativa*, não importando seu conteúdo. A *lei positiva* se torna, assim, a *única fonte do direito*, de modo que todas as outras fontes ocupariam posição secundária no sistema jurídico: estariam à disposição do legislador, que as poderia, livremente, atrair ou não para o âmbito do direito positivo.

Sob esse aspecto, se nota a tendência positivista de fazer coincidir todo o campo do direito com a lei, o que leva, em última análise, à negação da legitimidade autônoma de certos fenômenos jurídicos estranhos ao direito positivado, tais como o direito consuetudinário, o direito jurisprudencial e

até mesmo o direito natural, que somente vigorariam por *"misericórdia do legislador"* [38].

O paradigma do *positivismo jurídico* foi *Hans Kelsen* (1881-1973) com a sua *Teoria Pura do Direito*, onde pretendeu dar ao Direito, como *Augusto Comte* (1798-1857) à Filosofia, a mesma certeza das Ciências Exatas, depurando-o de qualquer conteúdo ético, filosófico ou político: o *Direito Puro*.

Como *Emanuel Kant* (1724-1804) despiu a *moral* de seu conteúdo, adotando um *paradigma meramente formal* (o *"imperativo categórico"*, onde não há preceitos éticos concretos, mas apenas uma fórmula geral: *"age em cada momento, de modo que o seu agir possa ser erigido em regra universal"*), *Kelsen* fez o mesmo com o *direito*, reduzindo-o a um *sistema de produção de normas*, no qual a *validade* das normas jurídicas está baseada não no seu conteúdo (justiça), mas no *modo como foi criada* (segundo a previsão em norma superior, num processo de formação do direito por graus). Assim, estabelece-se um *sistema autopoiético*, onde umas normas se sustentam na remissão a outras, até se chegar à *"norma fundamental"* do sistema (seu pressuposto lógico-transcendental), que é o *dever* de *obedecer à Constituição* (desconsiderando-se qualquer conteúdo específico).

Nesse diapasão, emblemática é a afirmação de *Kant*, no sentido de que o direito é um *sistema mecânico de leis, hierarquicamente organizadas*, e de que o jurista nada mais deve ser do que mero aplicador das leis editadas pelo legislador:

> "Pois como não é função destes (isto é, dos juristas), tecer grandes considerações sobre a atividade legislativa, mas sim dar cumprimento às leis atuais do país, a constituição legal vigente no momento, e se esta for alterada a um nível superior, a que se lhe seguir, deve, para eles, ser sempre a melhor; desta forma tudo fica na sua devida ordem mecânica"[39].

Ora, no afã de total *purificação do Direito*, até confundi-lo com a *Lei*, fazendo das duas palavras sinônimos, o *positivismo jurídico* esqueceu do conteúdo de *justiça* que a norma deve albergar. Os horrores dos campos de concentração nazistas, revelados ao final da Segunda Guerra Mundial, mostraram onde se pode chegar fundamentando a ordem jurídica apenas na vontade da maioria e na lei positiva, marcando o ocaso, na Europa, dessa

Escola de Pensamento Jurídico: no *Julgamento de Nuremberg*, os líderes nazistas escudaram-se no cumprimento da lei alemã, votada por um Parlamento legalmente eleito, e só puderam ser condenados com base no reconhecimento de um *Direito Suprapositivo*, calcado na *Lei Natural*, segundo o qual constituiriam *crimes contra a humanidade* aqueles praticados pelo regime nazista, mediante a guerra de conquista, a esterilização em massa e a eliminação dos judeus.

4.3. Historicismo sociológico

Para alguns jusfilósofos, a lei deve apenas *retratar a realidade social*, sem qualquer juízo de valor quanto à sua conveniência ou não. O "dever-ser" corresponde ao "ser" da sociedade em cada lugar e época. Adota uma tônica eminentemente *relativista*.

Assim, *Friedrich Von Savigny* (1799-1861)[40], pai do *historicismo*, combateu a teoria do Direito Natural, substituindo-a pelo *estudo da evolução histórica do Direito Positivo*, sustentando que as instituições jurídicas não seriam estabelecidas com caráter de perenidade, mas seriam *produtos da consciência do momento* pelo qual se passa. Nesse sentido, concebia o *"espírito do povo"* como criador do Direito, combatendo sua codificação, em nome da de uma evolução contínua.

Ora, a tese fundamental sobre a qual se apoia a *escola histórica*, ainda que não possa ser completamente descartada no que concerne à fundamentação da ordem jurídica, implica *sérios riscos* ao conhecimento e aplicação do justo. Com efeito, como observa o Prof. *Marcelino Rodríguez Molinero*:

> "Si todo Derecho encuentra la rázon de su validez y rectitud en ser conforme con la tradición y el espíritu del pueblo, todo derecho positivo que se apoye en la tradición de un pueblo o nación es, sin más requisitos, Derecho justo. De esta manera, la teoría del conocimiento de la realidad jurídica queda reducida a una teoría del conocimiento de la realidad histórica nacional"[41].

Seguindo nessa mesma esteira relativista, *Rudolf Von Ihering* (1818-1892)[42], fundador da denominada *"jurisprudência sociológica"*, colocava na *mudança social* o fundamento da ordem jurídica, em nítida postura *relativista* no que respeita aos direitos humanos fundamentais.

François Geny (1861-1959), *Herman Kantorowicz* (1877-1940) e *Roscoe Pound* (1870-1964), entre outros, destacaram o papel da *jurisprudência* dos Tribunais para a conformação da ordem jurídica, *criando direito novo*, para adaptar a legislação codificada às *transformações sociais*, mediante uma maior *liberdade interpretativa* dos textos legais[43].

Como elemento comum a uns e outros, no que podemos denominar *historicismo-sociológico*, está a concepção de que o *componente fundamental* da *ordem jurídica* não seria a lei, mas sim o *costume social* vigente em determinado lugar e em dada época. Assim, para essa corrente, a história seria o único método para se conhecer a realidade jurídica e "todos los principios jurídicos que rigen la vida de un pueblo no son cognoscibles a priori, puramente generales y necesarios, dados de una vez para siempre con la sana rázon, sino que en realidad son siempre empíricos, variables conforme al tiempo y al lugar, contingentes e aprehendibles mediante la experiencia propia y ajena de los hechos concretos, es decir, históricos"[44].

Na visão dos historicistas-sociológicos, a lei não seria mecanismo de projeção do *"dever-ser"* – ou seja, mecanismo de equilíbrio e pacificação das forças sociais –, mas unicamente o reflexo de costumes adotados por uma dada comunidade, em um dado momento histórico (*"dever-ser" se confundiria com o "ser" aqui e agora*).

Como decorrência, a fundamentação que dão à ordem jurídica não leva em consideração o *valor moral ou ético* das normas editadas ou das *decisões judiciais* tomadas, pois entendem que a legitimidade das leis e da jurisprudência residiria exclusivamente na *fiel observância dos costumes sociais e tradições históricas*. Nesse sentido, seria o espírito do povo quem criaria o direito. O Estado deveria tão somente identificá-lo[45].

Entendem, pois, os historicistas-sociológicos ser *aceitável positivar os costumes generalizados*, ainda que possam ser nocivos aos indivíduos e à sociedade (ex.: liberação da droga). Assim, a realidade fática seria o único fator relevante para o Direito; e *a experiência histórica e social o único elemento de mudança no ordenamento jurídico.*

Em suma, o problema das *correntes historicistas e sociológicas* no campo da fundamentação e legitimação da ordem jurídica é a de propiciarem a confusão entre a *realidade fática* da existência de um determinado *costume* na sociedade (que pode lhe ser nocivo) com a *realidade jurídica* de merecer

a *positivação legislativa* (tornando-o tolerável ou até obrigatório). Podem embasar direitos contingentes e periféricos, mas não os direitos fundamentais.

5. Evolução histórica na captação dos direitos humanos fundamentais

Já se tornou lugar-comum (*topoi*) falar em *gerações* de direitos humanos fundamentais. Essa ideia nada mais faz do que corroborar a tese, já acima exposta a respeito das características da Lei Natural segundo S. *Tomás de Aquino*, de que os direitos humanos são *passíveis de captação experimental e paulatina*, ao longo da história, o que explica a *evolução no seu reconhecimento*, consubstanciando os chamados direitos de 1a, 2a e 3a gerações[46]:

a) *1a geração*, declarados a partir da Revolução Francesa, como ínsitos ao cidadão, supondo o respeito e a abstenção do Estado (direitos negativos ou de defesa): *vida, liberdade, igualdade e propriedade* (maior essencialidade).

O *reconhecimento formal* dos direitos do homem à liberdade e à igualdade foi produto direto do *pensamento liberal-burguês do século XVIII*, fortemente marcado pela *doutrina individualista* e pela crescente noção de que o Estado não mais podia intervir na esfera de autonomia individual de cada um.

Justamente por isso, por reclamarem uma *verdadeira abstenção na ação estatal*, por serem direitos *"de resistência ou de oposição perante o Estado"*[47], esses direitos atinentes à fase inicial do moderno constitucionalismo ocidental passaram a ser conhecidos como os de *cunho negativo*.

b) *2a geração*, reconhecidos a partir do final da Primeira Guerra Mundial, como complementares aos de 1a geração, supondo a ação do Estado Social para a sua implementação (direitos positivos ou a prestações em sentido estrito): *educação, saúde, trabalho e previdência* (condição de desenvolvimento).

O florescimento da sociedade liberal do século XIX – consequência direta

da institucionalização dos *"primeiros direitos"* liberais e individuais – propiciou a *segurança da legalidade e a garantia da igualdade formal* de todos perante a lei.

Entretanto, o impacto econômico e social causado pelo *desordenado processo de industrialização* da sociedade liberal levou à cabal constatação de que a simples positivação dos valores da liberdade não era suficiente para que, concretamente, fosse assegurado o seu efetivo gozo por todos os indivíduos, indistintamente.

Nesse sentido, duas forças influenciaram o nascente *constitucionalismo social*:

- *movimento operário* em defesa dos direitos básicos do trabalhador (explorado pelo chamado *"capitalismo selvagem"*), articulado através da formação de associações sindicais e geralmente imbuído dos *ideais socializantes* propostos por *Karl Marx* (1818-1883).
- *doutrina social cristã*, exposta originariamente pelo Papa *Leão XIII* (1810-1903) na *Encíclica Rerum Novarum* (1891), considerada a *"Carta Magna da Justiça Social"*.

As primeiras constituições promulgadas após a Primeira Guerra Mundial receberam diretamente essas influências, contemplando elevada carga de direitos econômicos e sociais, as do *México* (1917) e *União Soviética* (1918) notadamente sob *inspiração marxista*, e as da *Alemanha* (1919), *Iugoslávia* (1921) e *Chile* (1925) sob clara *inspiração cristã*.

Tais direitos econômicos erigiam o Estado ao papel de responsável pela concretização das reivindicações das classes sociais menos favorecidas e vinculavam os governos ao comportamento ativo na realização da justiça social. Neste sentido, caracterizavam-se basicamente pela *luta em "participar do bem-estar social"* [48].

No mesmo diapasão, esta segunda geração de direitos humanos também possuía uma *faceta coletiva*, posto que, a partir da *organização da classe operária*, surgiram as chamadas *liberdades sociais*, relacionadas aos direitos trabalhistas – limitação da jornada de trabalho, liberdade de filiação sindical, garantia de salário mínimo, para citar apenas alguns.

c) *3ª geração*, esgrimidos a partir do final da Segunda Guerra Mundial, como condição de sobrevivência e de exercício dos direitos de 1ª e 2ª

geração, supondo ação conjunta do Estado e da sociedade civil organizada (direitos de proteção e solidariedade ou a prestações em sentido amplo[49]): *paz, segurança, meio ambiente e amparo aos deficientes* (crianças, idosos e deficientes).

Nesse período iniciou-se o processo de *internacionalização dos direitos humanos*. O direito humanitário (inaugurado em 1864, com a Convenção de Genebra), mediante a instituição de leis e costumes de guerra, a Convenção da Liga das Nações (1926), que continha dispositivos para a proteção de minorias étnicas e religiosas, e a Organização Internacional do Trabalho – OIT (1919), criada essencialmente para a proteção do trabalhador assalariado, posicionaram-se como os primeiros marcos neste processo de internacionalização dos direitos humanos[50].

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, com a criação da *Organização das Nações Unidas – ONU*, em *1945*, e com a consequente inauguração de uma verdadeira nova ordem de conduta na seara das relações internacionais, passou-se a estabelecer *padrões universais mínimos* para a proteção dos direitos fundamentais.

Foi em razão do processo universalista de expansão e fortalecimento dos direitos do homem em meio à comunidade internacional que se verificou o surgimento do movimento denominado por *Norberto Bobbio "multiplicação de direitos"* [51], o que significou o maior reconhecimento e alargamento não apenas dos direitos individuais, de natureza civil e política, ou dos direitos de conteúdo econômico e social. Afirmou-se também a existência de novos direitos humanos: os direitos dos povos e os direitos da humanidade, os chamados *direitos da fraternidade ou solidariedade*, de terceira geração.

Os direitos da fraternidade, de alcance transindividual e universal, não têm como titular o homem indivíduo, possuindo antes *titularidade difusa ou coletiva*, sendo voltados para proteger os direitos dos diversos grupos humanos carentes de proteção especial, e, em última análise, os direitos do próprio gênero humano e o patrimônio comum a todos os homens. Ao proclamarem essa visão humanista e universalista dos direitos humanos, os direitos da fraternidade acabam por fazer diminuir as diferenças entre os povos, e por tornar cada Nação solidária com o desenvolvimento da outra.

Modernamente, parte da doutrina fala numa *4~~a~~ geração* de direitos fundamentais, cuja nota distintiva seria o fato de que tais direitos *aguardam*

o seu reconhecimento e positivação tanto no âmbito dos direitos nacionais quanto na esfera do direito internacional[52]. Favorável à existência de uma 4~~a~~ geração de direitos, *Paulo Bonavides*[53] leciona que o surgimento dessa nova geração seria fruto da *globalização dos direitos fundamentais*, o que equivaleria à sua universalização no plano institucional do Estado Social. O mencionado constitucionalista cita como exemplos de direitos de 4~~a~~ geração os *direitos à democracia (direta), ao pluralismo e à informação.*

Já *Ingo Sarlet* levanta o questionamento sobre a possibilidade de se reconhecer a efetiva existência de uma 4~~a~~ geração de direitos fundamentais, mormente em razão de que tais direitos nada mais seriam do que uma "justa e saudável esperança com relação a um futuro melhor para a humanidade, revelando, de tal sorte, sua dimensão (ainda) eminentemente profética, embora não necessariamente utópica", até mesmo porque, "na sua essência, todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa"[54]. Nessa esteira, preferimos ficar apenas nas *três gerações clássicas de direitos fundamentais.*

Portanto, tem-se que *"novos direitos fundamentais"*, representados por cada *nova geração*, são, ao longo do tempo, identificados pelo homem e aos poucos reconhecidos como de lei natural, por meio do *debate dialético*.

Assim, é possível afirmar que as *sucessivas gerações de direitos fundamentais*, reconhecidas ao longo da História, seriam as *normas de Direito Natural*, identificadas a partir da observação de experiências reais relativas às exigências humanas concretas, ou seja, *acréscimos à lei natural* que se traduzem pelo *reconhecimento de novas necessidades básicas do homem*.

Cada geração de direitos é, neste sentido, uma *nova conclusão, extraída dos princípios elementares da Lei Natural*, com o objetivo de, em virtude das constantes mudanças na realidade e no conhecimento humano, bem como em razão do surgimento de novas demandas concretas, complementar e aperfeiçoar o conjunto dos direitos humanos fundamentais para *mais perfeitamente respeitar a dignidade humana.*

Entretanto, a única mutação que pode ocorrer na lei natural, como já assentado anteriormente, é a que se dá por *adição*, em virtude da constatação de que novos aspectos da vida humana estão ligados

essencialmente à sua existência e dignidade. Não poderia ser diferente, uma vez que a natureza do homem não muda, não deixando de ser reto o que a lei natural prescreve.

Finalmente podemos dizer que, da observação da linha evolutiva da captação e reconhecimento dos direitos humanos fundamentais, extrai-se estarem eles estruturados de acordo com uma *hierarquia de valores*. Nesse sentido, um *meio ambiente saudável* somente passou a ser objeto de preocupação e reconhecimento como direito humano fundamental quando, pela sua deterioração, começou a *colocar em risco a própria vida* do homem no planeta. Nesse diapasão, parece intuitivo que o *1º dos direitos fundamentais e condição de todos os outros é o direito à vida*, que, portanto, não pode ser relativizado.

6. A dignidade da pessoa humana

O *fundamento básico* de todos esses direitos é a *dignidade da pessoa humana*, pela sua *criação à imagem e semelhança de Deus*, diferente e, portanto, superior a todo o universo material[55]. As Constituições Alemã (art. 1.1), Chinesa (art. 38) e Espanhola (art. 10), entre tantas, assentam ser *inviolável* a dignidade da pessoa humana.

A respeito da *conceituação* da dignidade da pessoa humana, mormente diante da utilização da expressão para justificar o aborto, externamos nossa perplexidade em singelo artigo intitulado *"O que significa dignidade da pessoa humana?"*[56], nos seguintes termos, que tomamos a liberdade de transcrever:

> "Muito se tem usado a expressão 'dignidade da pessoa humana' para defender direitos humanos fundamentais, mas sem se chegar ao âmago do conceito e seus corolários ineludíveis. Daí a invocação da expressão em contextos diametralmente opostos, para justificar seja o direito à vida do nascituro, seja o direito ao aborto. Diante de tal paradoxo, mister se faz trazer alguns elementos de reflexão sobre realidades e sofismas na fixação de um conceito de 'dignidade da pessoa humana' que sirva de base sólida à defesa dos direitos essenciais do ser humano, sob pena de deixá-los sem qualquer amparo efetivo e, por conseguinte, sem garantia de respeito.

A dignidade é essencialmente um atributo da pessoa humana: pelo simples fato de ‘ser’ humano, a pessoa merece todo o respeito, independentemente de sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição social e econômica. Nesse sentido, o conceito de dignidade da pessoa humana não pode ser relativizado: a pessoa humana, enquanto tal, não perde sua dignidade quer por suas deficiências físicas, quer mesmo por seus desvios morais. Deve-se, nesse último caso, distinguir entre o crime e a pessoa do criminoso. O crime deve ser punido, mas a pessoa do criminoso deve ser tratada com respeito, até no cumprimento da pena a que estiver sujeito. Se o próprio criminoso deve ser tratado com respeito, quanto mais a vida inocente.

Com efeito, a ideia de dignidade da pessoa humana está na base do reconhecimento dos direitos humanos fundamentais. Só é sujeito de direitos a pessoa humana. Os direitos humanos fundamentais são o ‘mínimo existencial’ para que possa se desenvolver e se realizar. Há, ademais, uma hierarquia natural entre os direitos humanos, de modo que uns são mais existenciais do que outros. E sua lista vai crescendo, à medida que a Humanidade vai tomando consciência das implicações do conceito de dignidade da vida humana. Por isso, Tomás de Aquino, ao tratar da questão da imutabilidade do Direito Natural, reconhecia ser ele mutável, mas apenas por adição, mediante o reconhecimento de novos direitos fundamentais. Nesse diapasão seguiram as sucessivas declarações dos Direitos Humanos Fundamentais (francesa de 1789 e da ONU de 1948), desenvolvendo-se a ideia de diferentes ‘gerações’ de direitos fundamentais: os de 1ª geração, como a vida, a liberdade, a igualdade e a propriedade; os de 2ª geração, como a saúde, a educação e o trabalho; e os de 3ª geração, como a paz, a segurança e o resguardo do meio ambiente.

Ora, só se torna direito humano fundamental a garantia de um meio ambiente saudável, quando se toma consciência de que o descuido da Natureza pode comprometer a existência do homem sobre o planeta. Assim, os direitos humanos de 3ª geração dependem necessária e inexoravelmente dos direitos de 1ª geração. Daí que, sendo o direito à vida o mais básico e fundamental dos direitos humanos, não pode ser relativizado, em prol de outros valores e direitos. Sem vida não há qualquer outro direito a ser resguardado.

Assim, a defesa do aborto, em nome da dignidade da pessoa humana, ao

fundamento de que uma vida só é digna de ser vivida se for em ‘condições ótimas de temperatura e pressão’ é dos maiores sofismas que já surgiram, desde os tempos de Sócrates, quando Cálicles tentava demonstrar, com sua retórica, que o natural era a prevalência do mais forte sobre o mais fraco. Não é diferente com aqueles que defendem o sacrifício de vidas inocentes, em nome quer da cura de doenças graves, quer do bem-estar psicológico da mulher.

Uma coisa é o sacrifício voluntário do titular do direito à vida, para salvar outra vida. Outra coisa bem diferente é a imposição do sacrifício por parte do mais forte em relação ao mais fraco, que não tem sequer como se defender, dependendo que outros o façam por ele, por puro altruísmo (consola saber que 83% da população brasileira, em recente pesquisa jornalística, é contrária ao aborto de anencéfalos). Sempre pareceu um gesto de extrema covardia suprimir a vida nascente e indefesa, e mais ainda quando se procura revestir tal gesto de uma áurea de nobreza, em nome da dignidade. Seria o caso de perguntar àqueles que serão suprimidos se realmente não quereriam viver, nas condições que sejam. Do contrário, o que se está criando é a sociedade dos perfeitos, dos mais fortes e aptos, pura eugenia.

Desde a autorização para a instrumentalização de fetos humanos com vistas a pesquisas científicas (verdadeiras cobaias humanas, canibalizadas), passando pela discussão quanto ao aborto do anencéfalo (cujo índice de ocorrências subirá astronomicamente no caso de liberação, atestando-se anencefalia para toda criança indesejada), até se chegar ao aborto puro e simples, o caminho que vai sendo trilhado no desrespeito ao direito humano mais fundamental, sob o rótulo de se lutar por uma vida digna, faz com que as discussões judiciais sobre os demais direitos humanos passem a ser mera perfumaria em Cortes herodianas que já condenaram as mais indefesas das criaturas humanas. Daí a necessidade de se resgatar o conceito de dignidade da pessoa humana, limpando-o de matizações que acabam por reduzir a pessoa, de sujeito em mero objeto de direito alheio”.

Portanto, a *dignidade da pessoa humana*, como ser superior a todo o universo material, impõe o *respeito* ao ser humano, desde a concepção e até a sua morte natural, não se admitindo tergiversações que, relativizando os mais básicos direitos fundamentais, dê azo à instauração de uma sociedade

calcada no direito do mais forte.

7. A especificação e positivação dos direitos humanos fundamentais

Aristóteles, para elencar quais os *direitos humanos fundamentais* (a linguagem é moderna; sua intenção era detectar quais as normas de convivência comuns a todos os homens, e que comporiam a lei natural), realizou uma *compilação das constituições de 158 cidades-estado gregas*, da que apenas temos notícia, já que seu texto não chegou até nós.

A *positivação* dos *direitos humanos fundamentais* se dá comumente através dos atos normativos mais importantes de cada nação, que são a sua *Constituição*. No entanto, conforme já assentado, a *natureza* de sua positivação não é constitutiva, mas *declaratória*.

Seguindo na esteira do levantamento aristotélico e pinçando algumas Constituições de países com diferentes tradições culturais, vemos que têm sido previstos constitucionalmente os seguintes *direitos humanos fundamentais*:

a) *vida* (Const. Alemã, art. 2.2; Const. Espanhola, art. 15; Const. Iraniana, art. 22; Const. Japonesa, art. 13; Const. Portuguesa, art. 24)

b) *liberdade* (Const. Americana, Emenda 1; Const. Japonesa, art. 13):

- *de locomoção* (Const. Alemã, arts. 2.2 e 11; Const. Chinesa, art. 37; Const. Cubana, art. 58; Const. Espanhola, arts. 17 e 19; Const. Japonesa, art. 22; Const. Portuguesa, art. 27)
- *religiosa* (Const. Alemã, art. 4; Const. Chinesa, art. 36; Const. Cubana, art. 55; Const. Espanhola, art. 16; Const. Iraniana, arts. 12, 13 e 23; Const. Japonesa, art. 20; Const. Portuguesa, art. 41)
- *de expressão* (Const. Alemã, art. 5; Const. Chinesa, art. 35; Const. Cubana, art. 53; Const. Espanhola, art. 20; Const. Iraniana, art. 24; Const. Japonesa, art. 19; Const. Japonesa, art. 21; Const. Portuguesa, arts. 37 e 38)
- *de reunião* (Const. Alemã, art. 8; Const. Chinesa, art. 35; Const. Cubana, art. 54; Const. Espanhola, art. 21; Const. Iraniana, art. 27; Const. Japonesa, art. 21; Const. Portuguesa, art. 45)

- *de associação* (Const. Alemã, art. 9; Const. Chinesa, art. 35; Const. Cubana, art. 54; Const. Espanhola, art. 22; Const. Iraniana, art. 26; Const. Japonesa, art. 21; Const. Portuguesa, art. 46)
- *profissional* (Const. Alemã, art. 12; Const. Espanhola, art. 35; Const. Iraniana, art. 28; Const. Japonesa, art. 22; Const. Portuguesa, art. 47)

c) *igualdade* (Const. Alemã, art. 3; Const. Chinesa, arts. 33 e 48; Const. Espanhola, art. 14; Const. Iraniana, art. 20; Const. Japonesa, art. 14; Const. Portuguesa, art. 13)

d) *casamento e família* (Const. Alemã, art. 6; Const. Chinesa, art. 49; Const. Espanhola, art. 32; Const. Iraniana, art. 10; Const. Japonesa, art. 24; Const. Portuguesa, arts. 36 e 67 a 70)

e) *educação* (Const. Alemã, art. 7; Const. Chinesa, art. 46; Const. Cubana, arts. 51 e 52; Const. Espanhola, art. 27; Const. Iraniana, art. 30; Const. Japonesa, art. 26; Const. Portuguesa, arts. 74 a 77)

f) *inviolabilidade de comunicações e domicílio* (Const. Alemã, arts. 10 e 13; Const. Chinesa, arts. 39 e 40; Const. Cubana, arts. 56 e 57; Const. Espanhola, arts. 18.2 e 18.3; Const. Americana, Emenda 4; Const. Iraniana, arts. 22 e 25; Const. Japonesa, art. 35; Const. Portuguesa, art. 34)

g) *honra, intimidade e imagem* (Const. Espanhola, art. 18.1; Const. Iraniana, art. 39)

h) *propriedade privada* (Const. Alemã, art. 14; Const. Espanhola, art. 33; Const. Iraniana, arts. 22 e 47; Const. Japonesa, art. 29; Const. Portuguesa, art. 62)

i) *nacionalidade* (Const. Alemã, art. 16.1; Const. Chinesa, art. 33; Const. Espanhola, art. 11; Const. Iraniana, art. 41)

j) *asilo político* (Const. Alemã, art. 16a; Const. Espanhola, art. 13.4; Const. Portuguesa, art. 33.8)

k) *petição* (Const. Chinesa, art. 41; Const. Cubana, art. 63; Const. Espanhola, art. 29; Const. Japonesa, art. 16; Const. Portuguesa, art. 52)

l) *acesso à Justiça* (Const. Alemã, art. 19.4; Const. Chinesa, art. 35; Const. Espanhola, art. 24; Const. Iraniana, art. 34; Const. Japonesa, art. 32; Const. Portuguesa, art. 20)

m) *devido processo legal* para condenação (Const. Cubana, art. 59; Const.

Espanhola, art. 25; Const. Americana, Emenda 5; Const. Iraniana, art. 32; Const. Japonesa, arts. 31, 33 e 34)

n) *voto* (Const. Chinesa, art. 34; Const. Espanhola, art. 23; Const. Japonesa, art. 15; Const. Portuguesa, art. 49)

o) *saúde* (Const. Cubana, art. 50; Const. Espanhola, art. 43; Const. Portuguesa, art. 64)

p) *aposentadoria* (Const. Chinesa, arts. 44 e 45; Const. Cubana, arts. 47 e 48; Const. Espanhola, art. 41; Const. Iraniana, art. 29; Const. Portuguesa, art. 63)

q) *meio ambiente* (Const. Espanhola, art. 45; Const. Iraniana, art. 50; Const. Portuguesa, art. 66)

r) *moradia* (Const. Espanhola, art. 47; Const. Iraniana, art. 31; Const. Portuguesa, art. 65)

De plano, pode-se verificar que até mesmo os *países socialistas*, onde há *forte restrição às liberdades públicas*, preveem, em suas Constituições, a maioria dos direitos tradicionalmente reconhecidos como fundamentais, mesmo que, ao prevê-los, os restrinjam substancialmente. Também os *países islâmicos* preveem esses direitos, como ocorre com a Constituição da *República Islâmica do Irã* (art. 3º), que chega a assentar que "todos os muçulmanos são obrigados a conduzir-se com moderação, justiça e equidade para com os não muçulmanos e devem salvaguardar os seus direitos humanos. Este princípio é válido somente para aqueles que não conspiram ou agem contra o Islã" (art. 14).

Admite-se a *privação* dos direitos fundamentais ligados à liberdade de imprensa, de ensino, de reunião, de associação, de comunicação, à propriedade e ao asilo político, em caso de abuso (Constituição Alemã, art. 18), mas deixando claro que nenhum direito fundamental pode ser afetado em sua essência, ainda que possa sofrer *restrições* por lei em aspectos acidentais, mas de forma geral (Const. Alemã, art. 19). A privação da *nacionalidade* não se admite em caso da pessoa se tornar um apátrida (Const. Alemã, art. 16.1).

Podemos destacar e comentar alguns desses direitos, pela sua *especial essencialidade*, em relação a cada umas das chamadas *"gerações"* de direitos fundamentais.

7.1. Direito à vida

A vida é o *principal e mais básico* dos direitos humanos fundamentais e *condição de existência* de todos os demais. Se hoje o direito a um meio ambiente saudável tornou-se direito humano fundamental de 3a geração (direitos de solidariedade), e o direito ao trabalho já se buscava garantir no início do século XX como direito humano fundamental de 2a geração (direitos positivos – prestação estatal), é porque o descuido nessa matéria compromete a vida humana, direito humano fundamental de 1a geração (direitos negativos – vedação à supressão) e sustentáculo de todos os demais. Sem garantia à vida, tudo o mais é perfumaria.

Ainda gera polêmica a questão em torno da definição do início da vida. Quanto ao tema, a doutrina aponta para a existência de cinco teorias, a saber: 1) teoria concepcionista – a vida começaria a partir da constituição do zigoto, pela fecundação do óvulo pelo espermatozoide, fazendo surgir uma pessoa com código genético diverso do que possuem pai e mãe; 2) teoria da nidação – a vida humana começaria com a fixação do embrião na parede do útero da mãe; 3) teoria do tubo neural – a vida começaria com a formação do tubo neural do embrião; 4) teoria do impulso elétrico – a vida se iniciaria a partir do primeiro impulso elétrico no sistema nervoso do embrião; 5) teoria natalista – a vida somente começaria a partir do nascimento com respiração[57].

Mesmo que não se pretenda adentrar em discussões científicas no presente artigo, parece mais do que razoável, e até mesmo lógico, concluir que a vida humana se inicia no momento da concepção, em decorrência da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, pois é nesse preciso momento que passa a existir um novo ser, claramente distinto da mãe, com seu código genético próprio, em desenvolvimento intrauterino.

Assim sendo, não pode haver dúvida de que defender o início da vida em momento anterior à formação do zigoto é antecipar o que ainda não ocorreu (surgimento de uma vida nova, distinta da mãe) e sustentar o início da vida em momento posterior é postergar um marco já existente (até mesmo porque, por exemplo, a nidação pode se dar *in vitro*).

Por outro lado, não há argumento mais acientífico do que estabelecer como marco de início da vida humana o nascimento com vida, conforme pretende a teoria natalista. Do embrião ao ancião, a vida humana caminha

inexoravelmente, se não for interrompida por causas naturais ou pela ação do homem[58].

De toda sorte, ainda que se admita a existência de dúvida científica quanto ao momento do início da vida humana, essa simples incerteza deveria ser razão suficiente para se concluir pela absoluta preponderância do direito à vida, quando em ponderação com outros direitos fundamentais. Esta prevalência do direito à vida deve ser reconhecida mesmo quando não existe certeza de que a preponderância de um interesse importará risco à vida humana. É precisamente esta a lição de Paulo Gonet Branco:

> "A vida é o pressuposto para todos os direitos fundamentais. É curial, portanto, que se reconheça ao direito à vida uma primazia no contexto dos demais direitos. É defensável dizer que o direito à vida não é absoluto, sob a nossa Constituição, que prevê a possibilidade, ainda que restrita, da pena de morte em caso de guerra declarada. Em outros casos, não parece que o Estado disponha do poder de ponderar vidas, sobretudo com outros direitos fundamentais, e tomar deliberações que importem o sacrifício de existências humanas. [...]
>
> O acervo de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal igualmente avaliza a doutrina de que certos direitos fundamentais não admitem ponderação com pretensões contrárias, no sentido de reconhecer que certos direitos fundamentais são insuscetíveis de ponderação e de aplicação modulada segundo o princípio da proporcionalidade, vale referir o HC 80.949 *(RTJ* 180/100123).
>
> É compatível com a jurisprudência da nossa Suprema Corte, portanto, e não destoa da inteligência elaborada em outras jurisdições ou da mais atenta doutrina, afirmar que o direito à vida, pela sua própria importância e significado para o sistema constitucional, não admite ser ponderado com outras pretensões, se a alternativa dada para a solução do conflito é o sacrifício certo de uma existência humana.
>
> Mesmo quando se admite um exercício de ponderação envolvendo a possibilidade de risco para o direito à vida (nos casos em que não há certeza de que a atuação em favor de um interesse importará sacrifício a uma vida), ainda aí, há que se ver reconhecido, em favor do direito à vida, um peso em abstrato mais elevado que os demais direitos confrontantes, o que haverá de se refletir no momento de se apurar o resultado da ponderação. Alexy, a esse respeito, anota que o direito à vida sobreleva os

demais, em peso, mesmo considerado esse direito em abstrato”[59].

O Estado Democrático de Direito existe para *promover o bem comum*, que são as condições necessárias para que cada pessoa integrante da sociedade politicamente organizada possa atingir os seus fins existenciais lícitos. Assim, o *primeiro direito a ser resguardado* e protegido pelo Estado para cada um dos integrantes da sociedade, em suas dimensões de Estado-Legislador, Administrador ou Juiz, é o *direito à vida*.

Para o Estado Democrático de Direito não podem existir cidadãos de primeira e de segunda categoria. Se a personalidade humana existe desde a concepção, o fato de o indivíduo não ser ainda nascido não o torna passível de destruição para fins de utilização por outros indivíduos.

O *uso de células-tronco embrionárias com fins terapêuticos*, admitida pelo STF quando do julgamento da ADI-3510-DF[60], a par de não ser o melhor método de tratamento de doenças, já que as células-tronco adultas têm se mostrado mais eficazes (basta verificar que o próprio Thompson, iniciador das pesquisar com células-tronco embrionárias, já abandonou essa linha de pesquisa, para centrar-se nas células-tronco adultas), representa nitidamente *processo de canibalização do ser humano, incompatível com o estágio de civilização da sociedade moderna*. Doação de órgãos “post-mortem” ou voluntariado de enfermos para pesquisas de novas terapias não se confundem com a destruição de uns para cura de outros.

Se a pesquisa com células-tronco adultas se mostra cientificamente mais bem-sucedida e eticamente não reprovável, por que a insistência na liberação de pesquisas com células-tronco embrionárias? A única resposta compreensível está na necessidade de romper a barreira de defesa da vida, para depois se poder sustentar o *direito ao aborto*, partindo-se da premissa de que a vida humana só existe com o nascimento[61]. Se assim fosse, o seio materno, de berço seguro passaria ao pior campo de concentração, já que sujeito às técnicas mais cruéis de eliminação da vida, como mostram os vários métodos de aborto (sucção, dessalinização etc.).

Admitida a manipulação de embriões ou a relativização do direito à vida de seres humanos ainda não nascidos, começou-se a trilhar o *caminho para a substituição da força do Direito pelo Direito da Força*, pelo Estado em que impera a Lei do Mais Forte. As experiências recentes da Humanidade, com os flagelos dos *regimes nazista e stalinista*, estão a demonstrar como, pela transigência no aparentemente pequeno, se chegam às grandes

aberrações no campo da supressão dos direitos humanos fundamentais.

No clássico *"Julgamento de Nuremberg"* (1961), o presidente da Corte Internacional que julgou os principais juízes alemães, juiz Daniel Haywood, no voto final, lembrava que a nação é uma extensão de nós mesmos.

Assim, não se pode dividir a Ética, como o fez Norberto Bobbio, em *ética da convicção*, aplicável aos indivíduos, e *ética da responsabilidade*, aplicável ao Estado, como se o que fosse vedado a cada indivíduo em particular, deixasse de ser moralmente reprovável, quando, juntos, constituem uma sociedade. Justamente para controlar o Estado-Executivo e o Estado-Legislativo nos seus desvios éticos ao governar e legislar é que existe o Estado-Juiz, que aplicará a *mesma e única Ética* que norteia a conduta de governantes e governados.

No diálogo final entre o juiz Haywood e o juiz alemão condenado Ernest Janning (que redigira a Constituição de Weimar de 1919), este diz àquele: "Saiba que tens o respeito de um dos condenados" (por não ter cedido às pressões políticas para absolvê-los, em face da necessidade de contar com o apoio alemão contra os russos na Guerra Fria que começava).

E prossegue: "Aqueles milhares de pessoas... (falando a respeito dos campos de concentração nazistas). Não podia imaginar que chegaria àquilo". Ao que Haywood responde: "Chegou àquilo da primeira vez que condenou um inocente".

É preciso *dizer não à cultura da morte e afirmar o direito à vida*, principalmente nas condições em que mais se ressente da segurança ofertada pelo Estado. Parafraseando um ilustre poeta magistrado, *"chega de trevas"* que obscureçam a busca da verdade a respeito da ciência e do direito.

Dizer que a defesa da vida é obscurantismo de caráter religioso é lançar sombras sobre o debate central que se trava em torno dos embriões humanos, para saber quando tem início a vida humana e se o direito à vida pode ser relativizado. E a luz nesse debate só vem dos argumentos científicos e jurídicos, pois a verdade não é fruto de consenso, como pretendeu *Habermas*, mas da adequação da mente à realidade extramental, como expressou ponderadamente *Aristóteles*.

Sob o prisma do Direito Positivo Internacional, temos o *Pacto de São José de Costa Rica sobre Direitos Humanos* (1969), ratificado pelo Brasil, que garante o direito à vida *desde a concepção*, *verbis*:

"Art. 1º –Obrigação de respeitar os direitos.

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos *e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.*

2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

(...)

Art. 4º –*Direito à vida*.

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente" (grifos nossos).

Sobre o Pacto de São José, chegamos a manifestar nossa perplexidade diante da posição do Supremo Tribunal Federal, que admite a relativização do direito à vida, mas ao da liberdade, *verbis*:

"*HABEAS CORPUS* – DEPOSITÁRIO INFIEL – CONFIGURAÇÃO – PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA SOBRE DIREITOS HUMANOS (1969) E POSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL – RECURSO DESPROVIDO. *1. Em que pese a existência de precedentes turmários do STF, não vinculativos, anatematizando a prisão civil de depositário infiel, a jurisprudência do TST é firme e pacífica quanto à possibilidade jurídica dessa modalidade de constrangimento ao direito de ir e vir, não a título de pena, mas como meio extremo de pressão para resgatar bem recebido em depósito e afetado ao cumprimento de obrigação de caráter alimentício. 2.* Paradoxalmente, o mesmo Supremo, que fez letra morta do art. 4.1 do Pacto de São José da Costa Rica, ao referendar lei que autoriza a morte de embriões humanos para fins de pesquisas científicas, quando a referida Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, ratificada pelo Brasil em 1992, garante o direito à vida desde a concepção*, vem esgrimir o art. 7.7 da mesma convenção, para afastar do Direito Positivo Brasileiro a prisão civil do depositário infiel. 3. A par da Constituição Federal prever expressamente a prisão civil do depositário infiel (CF, art. 5º, LXVII), o próprio art. 7.7*

do Pacto de São José excepciona a prisão por descumprimento de obrigação alimentar, como é o caso dos créditos trabalhistas garantidos por depósitos judiciais. Nesse diapasão, não há de se falar em conflito entre o Acordo Internacional e o Direito Interno. 4. In casu*, a condição de depositária infiel da Impetrante restou demonstrada tanto nos presentes autos quanto nos da ação trabalhista principal, uma vez que assumiu o* munus publicum *de depositária, nos termos do art. 629 do CC, negligenciando a guarda dos bens penhorados e não os restituindo quando instada a fazê-lo. Daí a legalidade da decretação prisional e a ausência de direito à concessão preventiva do* habeas corpus *impetrado.* Recurso ordinário desprovido" (TST-ROHC- 311/2008-000-03-00.8, Rel. Min. *Ives Gandra Martins Filho,* Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, In DEJT 07/11/2008) (grifos não constantes no original).

Reconhecido o *direito à vida desde a concepção*, como o faz o *Pacto de São José de Costa Rica sobre Direitos Humanos* (1969) em seu *art. 4º*, não se admitem as exceções do *aborto* (matar o ainda não nascido) e da *eutanásia* (suprimir a vida em seu estágio terminal).

Questão final que se coloca é a de se saber se a *pena de morte* é compatível com o respeito ao direito à vida.

Como diz o Pacto de São José, *ninguém pode ser privado do direito à vida arbitrariamente*, o que se traduz em que a *vida inocente* não pode ser condenada.

Com efeito, a *exceção* ao respeito à vida humana é a *legítima defesa*, que supõe:

a) agressão injusta à vida;

b) matar o agressor como único meio de defesa.

Pode-se falar em *legítima defesa individual* e *legítima defesa social*, em que esta última se consubstancia em duas situações básicas:

a) *agressão externa,* em caso de *guerra*, fazendo com que o soldado que mata o inimigo não seja responsabilizado penalmente (fora excessos);

b) *agressão interna*, no caso de crimes contra a vida praticados na sociedade, em que, pela periculosidade do criminoso, continua, enquanto vivo, a ser uma ameaça para a sociedade, restando como único meio de defesa sua eliminação (matéria altamente discutível, quanto à conveniência e oportunidade de previsão da *pena de morte* num dado

país).

7.2. Liberdades públicas

Milton Friedman, prêmio Nobel de Economia de 1973, em seu livro *Livre para Escolher*, traça um paralelismo entre a *liberdade política* e a *liberdade econômica*, ressaltando que o ano de *1776* foi um marco histórico para ambas, pois nesse mesmo ano em que se deu a *Independência Americana*, símbolo da luta pela *liberdade política*, foi publicada a obra *Riqueza das Nações* de *Adam Smith* (1723-1790), paradigma do *liberalismo econômico*. Ambas andam juntas e se complementam mutuamente.

A *liberdade política* tem sua defesa maior no *movimento constitucionalista* do século XVIII, que buscou assegurar, através da garantia de direitos frente ao Estado, materializados numa Constituição, as *liberdades públicas*, especialmente:

- *Liberdade de locomoção* – garantia de que não haja prisão sem julgamento, de acordo com o devido processo legal;
- *Liberdade de opinião e de expressão* – garantia de liberdade de imprensa e de manifestação das próprias ideias;
- *Liberdade de associação* – garantia da formação e filiação de entidades grupais, para fins lícitos;
- *Liberdade religiosa* – garantia de se poder professar qualquer credo e praticá-lo exteriormente.

Nesse campo, como nos demais, nenhuma liberdade é absoluta. A própria concepção da vida em sociedade, tal como vislumbrada pelos *contratualistas* dos séculos XVII e XVIII, *Thomas Hobbes* (1588-1679) e *Jean-Jacques Rousseau* (1712-1778), via no *pacto social* a limitação das liberdades individuais com vistas a tornar possível a vida social: *"a liberdade de cada um termina onde começa a do outro"*.

Esse *princípio de não fazer dano aos demais* é reduzir muito a noção de liberdade: posso tudo, desde que não prejudique aos demais. Ora, se o bem comum da sociedade é a consecução do bem individual de cada um de seus integrantes, temos que o fato de que um indivíduo não progrida objetivamente torna mais pobre a sociedade.

Assim, liberdade não significa *independência total*, isto é, não depender de nada nem de ninguém. A vida em sociedade é, necessariamente, marcada pela *mútua dependência*.

Se, por um lado, a concepção de fundo dessas teorias contratualistas peca por esquecer que *o homem é um ser social por natureza*, por outro, não deixa de atentar para o fato de que a vida em sociedade supõe, efetivamente, limitações na liberdade de cada um. Daí a necessidade de se reconhecer, nas constituições dos diferentes países do globo, as liberdades políticas e suas limitações. A rigor, a matéria própria de uma *constituição* é, unicamente, a *organização do Estado* e a *garantia dos direitos fundamentais* dos cidadãos.

A *função do Estado* é promover o *bem comum.* O bem comum é a *soma dos bens individuais* de cada um dos integrantes da sociedade. Cada indivíduo tem o seu *projeto de vida*, cuja meta, sob as mais variadas formas, é sempre a busca da *felicidade.*

O *projeto vital* de cada indivíduo é o conjunto de suas decisões, preferências e postergações, que vai formando a sua *biografia pessoal*: como foi usada a liberdade individual em cada momento da vida. Viver é ter *capacidade de forjar projetos*. E os projetos devem apontar para uma meta, pois do contrário a liberdade não teria sentido. Leonardo Polo (n. 1926) diz que *"a liberdade se mede por aquilo para o qual a empregamos"*. Seu discípulo Ricardo Yepes Stork (f. 1996) concluía que *"a realização de um projeto vital próprio, livremente decidido e realizado, é o que dá autenticidade e sentido à própria vida"*.

Ora, a *liberdade social*, intrinsecamente unida à política e econômica, consiste em que o projeto de vida de cada indivíduo (seus *ideais*) possa ser alcançado. Para isso, três *condições* são necessárias:

- que sejam *possíveis*, ou seja, que as condições econômicas da sociedade tornem possível a consecução dessas metas (Ex.: de nada adianta ter liberdade de educação, se não há universidades);
- que sejam *permitidos*, ou seja, que sua busca seja assegurada legalmente pelo Estado (Ex.: não se proibir o ensino religioso nas escolas); e
- que sejam *incentivados*, ou seja, que não haja coação da mídia ou certa sanção difusa do meio, em relação a determinados ideais bons em si mesmos (Ex.: pressão social contra as famílias numerosas).

Assim, a liberdade social pode ser entendida em primeiro lugar como *libertação da miséria*, pois quem não tem as condições econômicas mínimas não tem sequer como exercer a liberdade em suas demais esferas: *"primum vivere, deinde philosophare"*.

Na mesma esteira, a *liberdade econômica*, esgrimida diante dos arreganhos de um *regime comunista*, que chama para si toda a iniciativa econômica, abolindo a propriedade privada e intentando planejar centralizadamente toda a economia, também não pode ser absoluta, como num *regime capitalista selvagem*, gerador da exploração indiscriminada do trabalhador durante a revolução industrial.

Se, por um lado, o Estado não deve ser o agente econômico direto, por outro, a economia não funciona perfeitamente quando deixada inteiramente à sua sorte. Isto porque a tendência à formação de monopólios e oligopólios, mediante práticas de *dumping* ou *cartel*, exige uma *intervenção do Estado*, para garantir a *livre concorrência* em bases realistas. Assim, o *livre mercado*, como instrumento de consecução dos objetivos econômicos gerais da sociedade e particulares de cada um de seus membros, supõe um *regramento estatal mínimo*, coibindo as práticas abusivas.

O *laissez-faire, laissez-passez* dos inícios do liberalismo econômico está hoje superado por uma visão *neoliberal*, que admite a intervenção do Estado, através do modelo das *agências reguladoras* da atividade econômica nos seus distintos campos, de forma a garantir o atendimento às necessidades básicas da sociedade e impedir a formação de monopólios, que comprometem o regime da livre concorrência. No *campo laboral*, essa mesma visão dá *prevalência ao negociado sobre o legislado*, estimulando a negociação coletiva entre sindicatos e empresas, por se verificar que os agentes sociais podem, muito melhor, estabelecer as condições e normas de trabalho, do que o Estado, de forma interventiva. Com isso se dá guarida ao *princípio da subsidiariedade*, pelo qual o Estado deve estimular e dar todas as condições para que os indivíduos e grupos sociais desenvolvam suas potencialidades, somente intervindo para suprir as deficiências.

A liberdade é o *motor da história, da economia, da política, da ciência e da sociedade*. A *iniciativa privada* é a maior riqueza de uma sociedade. Só através dela a criatividade humana é estimulada, e os desafios do meio são superados com respostas criativas.

Assim, o Estado deve, com a *liberdade política, social e econômica*, dar

aos indivíduos as *oportunidades* para que possam pôr em prática seus projetos, ideais e capacidades.

7.3. Princípio da isonomia

Não há como deixar de vislumbrar a *origem judaico-cristã* da ideia de *igualdade* entre todos os homens, em face de sua comum *criação à imagem e semelhança de Deus*, dado que:

- a *antiguidade clássica e oriental* admitiam como natural a *escravidão*, dividindo os homens em livres (sujeitos de direito) e escravos (objetos de direito);
- a *cultura islâmica* supervaloriza o homem em *detrimento da mulher*, fazendo desta verdadeiro objeto de direito, submetida ao regime da poligamia e de uma estrita submissão à autoridade masculina;
- a *cultura indiana*, partindo da concepção de que cada classe de homens surgiu de uma parte do corpo de Brahman, admite uma desigualdade natural entre os homens, numa sociedade estruturada em *castas* impermeáveis a mudanças;
- até pouco tempo, o regime jurídico vigente na *África do Sul* era o do *apartheid*, colocando os *negros* em posição de inferioridade diante do homem branco.

O direito à *igualdade* alberga tradicionalmente duas vertentes:

a) a *igualdade de oportunidades*, que se baseia na *igualdade perante a lei*, garantindo a todos o mesmo tratamento (vertente especialmente desenvolvida a partir da *Revolução Francesa*, que buscou combater os privilégios da nobreza);

b) a *igualdade de resultados*, que se baseia na busca de um *igualitarismo absoluto* (vertente desenvolvida a partir da *Revolução Comunista* na Rússia, que almeja uma sociedade sem classes, onde todos tenham as mesmas condições de vida, qualquer que seja a sua contribuição, na esteira do pensamento marxista: *"de cada um segundo a sua capacidade; a cada um segundo a sua necessidade"*).

O *princípio da isonomia*, que conforma o direito de igualdade como direito fundamental, basicamente em sua vertente de igualdade de

oportunidades, expressa-se pela tradicional expressão: *tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida das suas desigualdades*. Isso significa que a desigualdade de tratamento legal deve ter um *elemento de discriminação com fundamento racional*, ou seja, que se justifique racionalmente.

O direito à igualdade impõe ao Estado, portanto, o dever de *coibir a discriminação* em função de raça, credo religioso, sexo, estado civil etc.

Caso paradigmático sobre a *discriminação com fundamento racional*, que não contraria o princípio da isonomia, antes o prestigia, foi o da discussão sobre a *igualdade entre homens e mulheres* quanto a *direitos trabalhistas*. Em acórdão de nossa lavra, assim resumimos a questão, conforme consta da ementa:

"MULHER – INTERVALO DE 15 MINUTOS ANTES DE LABOR EM SOBREJORNADA – CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 384 DA CLT EM FACE DO ART. 5º, I, DA CF. 1. O art. 384 da CLT impõe intervalo de 15 minutos antes de se começar a prestação de horas extras pela trabalhadora mulher. Pretende-se sua não recepção pela Constituição Federal, dada a plena igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres decantada pela Carta Política de 1988 (art. 5º, I), como conquista feminina no campo jurídico. 2. A igualdade jurídica e intelectual entre homens e mulheres não afasta a natural diferenciação fisiológica e psicológica dos sexos, não escapando ao senso comum a patente diferença de compleição física entre homens e mulheres. Analisando o art. 384 da CLT em seu contexto, verifica-se que se trata de norma legal inserida no capítulo que cuida da proteção do trabalho da mulher e que, versando sobre intervalo intrajornada, possui natureza de norma afeta à medicina e segurança do trabalho, infensa à negociação coletiva, dada a sua indisponibilidade (cfr. Orientação Jurisprudencial 342 da SBDI-1 do TST). 3. O maior desgaste natural da mulher trabalhadora não foi desconsiderado pelo Constituinte de 1988, que garantiu diferentes condições para a obtenção da aposentadoria, com menos idade e tempo de contribuição previdenciária para as mulheres (CF, art. 201, § 7º, I e II). A própria diferenciação temporal da licença-maternidade e paternidade (CF, art. 7º, XVIII e XIX; ADCT, art. 10, § 1º) deixa claro que o desgaste físico efetivo é da maternidade. A praxe generalizada, ademais, é a de se postergar o gozo da licença-

maternidade para depois do parto, o que leva a mulher, nos meses finais da gestação, a um desgaste físico cada vez maior, o que justifica o tratamento diferenciado em termos de jornada de trabalho e período de descanso. 4. Não é demais lembrar que as mulheres que trabalham fora do lar estão sujeitas a dupla jornada de trabalho, pois ainda realizam as atividades domésticas quando retornam à casa. Por mais que se dividam as tarefas domésticas entre o casal, o peso maior da administração da casa e da educação dos filhos acaba recaindo sobre a mulher. 5. Nesse diapasão, levando-se em consideração a máxima albergada pelo princípio da isonomia, de tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, ao ônus da dupla missão, familiar e profissional, que desempenha a mulher trabalhadora corresponde o bônus da jubilação antecipada e da concessão de vantagens específicas, em função de suas circunstâncias próprias, como é o caso do intervalo de 15 minutos antes de iniciar uma jornada extraordinária, sendo de se rejeitar a pretensa inconstitucionalidade do art. 384 da CLT. Incidente de inconstitucionalidade em recurso de revista rejeitado" (TST-IIN-RR-1540/2005-046-12-00.5, Rel. Min. *Ives Gandra Martins Filho*, Tribunal Pleno, In: DEJT 13/02/2009).

7.4. Direito de propriedade

A *propriedade privada* é um dos direitos humanos fundamentais. Demonstra-se que a propriedade privada é de *Direito Natural* verificando como sempre esteve *presente em todas as sociedades humanas:*

- *Antiguidade Oriental* – os bens, provindos da divindade, pertenciam nominalmente ao faraó (Egito) ou rei (Mesopotâmia), mas, de fato, havia a *individualização da propriedade*, regulando-se seu domínio (*Código de Hamurábi*).
- *Antiguidade Clássica* – propriedade privada confundida com o *pátrio poder*, de natureza sagrada e ligada ao solo (*deuses domésticos*).
- *Povos Bárbaros* – nomadismo que não reconhecia a propriedade privada do solo, mas sim dos *rebanhos e colheitas* (terra em comum).
- *Idade Média* – sistema feudal que distinguia o domínio eminente (do rei), direto (do senhor feudal) e útil (do servo da gleba) da *terra*.

- *Idade Moderna* – passagem da propriedade imobiliária para a *propriedade mobiliária* (metalismo e mercantilismo) como principal fonte de poder.
- *Idade Contemporânea* – embate entre a *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (com a propriedade) e a *ascensão do comunismo* (supressão da propriedade privada).

Os *países socialistas não admitem o direito de propriedade*, sendo coletiva toda propriedade, a ser bem cuidada pelos cidadãos (Const. Chinesa, art. 53; Const. Cubana, art. 64). No entanto, a supressão da propriedade privada tem *fracassado*, por ir *contra a Natureza*: a posse direta de bens necessários à sua sobrevivência e desenvolvimento é fundamental para o homem.

Como o ser humano é composto de matéria e espírito, tem *necessidades materiais* a serem satisfeitas (alimentação, vestuário, moradia, higiene, lazer etc.): isso supõe a utilização de *bens materiais*, que deverão estar *sujeitos à pessoa* que os utiliza. Se é *natural* ter essas necessidades, é natural que o homem possa satisfazê-las, sendo também natural a sujeição dos bens que as satisfaçam ao homem.

A *propriedade* é *faculdade moral* pela qual o homem é *dono* de alguma coisa, utilizando-a para a satisfação de suas necessidades: como *ser previdente*, guarda bens para necessidades futuras (reconhecimento do *direito* sobre esses bens, que dão *segurança* ao homem).

Se, originariamente, há uma *destinação universal* de todos os bens da terra a todos os homens, por outro a *adscrição de determinados bens* a alguns homens tem *tríplice fundamento*:

- *jurídico* – o meio jurídico mais apto para *garantir o pacífico e ordenado desfrute dos bens da terra por parte de todos* e atribuir a cada um o domínio sobre uma parcela determinada desses bens;
- *econômico* – meio mais eficaz para *garantir a solicitude e interesse necessários para fazer render os bens* e estimular a capacidade produtiva, favorecendo o sentido da responsabilidade pessoal (interesse pessoal na produção);
- *político* – meio de *garantir a liberdade individual frente ao Estado*, evitando-se que o indivíduo tivesse que fazer o que o Estado quisesse para poder obter os bens necessários à sua sobrevivência.

No entanto, a propriedade privada *não é um direito absoluto*: deve atentar para sua *função social* (que exige intervenção estatal para garanti-la):

- abuso do direito, pelo *desperdício* e uso em detrimento de vizinhos;
- *desapropriação* (com indenização), com vistas ao bem comum;
- distinção entre propriedade do solo e do *subsolo* (do Estado);
- coibir o *abuso do poder econômico* (cartéis, trustes e *dumping*).

7.5. Direito do trabalho

No campo do *Direito do Trabalho*, temos a *Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho* (1998), pela qual se chegou a um *denominador comum mínimo* em relação ao qual não se podem garantir condições dignas de trabalho (princípios admitidos por todos os países que são membros da Organização Internacional do Trabalho, ainda que não ratifiquem nenhuma de suas convenções):

a) eliminação de todas as formas de *trabalho forçado ou obrigatório* (trabalho escravo);

b) abolição efetiva do *trabalho infantil*;

c) eliminação da *discriminação* em matéria de emprego e ocupação;

d) liberdade de associação e *liberdade sindical*, com o reconhecimento efetivo do direito à *negociação coletiva*.

Nas *Constituições Alemã* (art. 12.3) e *Japonesa* (art. 18), no entanto, ao se proscrever o *trabalho forçado*, admite-se a sua utilização no caso de *condenados judicialmente*. Não nos parece atentatória à dignidade da pessoa humana a exigência de trabalho aos presos, na medida em que *o ócio é o pai de todos os vícios*, sendo, portanto, *recomendável* manter os condenados em atividade. Ademais, remunerando-se o seu trabalho, com o depósito em conta para utilização após o cumprimento da pena, consegue-se uma melhor reinserção do preso na vida em sociedade.

Poucas Constituições, em geral as de países comunistas, preveem o *direito ao trabalho* (ex.: o art. 42 da Constituição Chinesa que fala do trabalho como direito e também como o *glorioso dever de cada cidadão capaz*; a Constituição Cubana coloca-o no topo do rol dos direitos fundamentais – art. 45: *O trabalho na sociedade socialista é um direito, um dever e um motivo de honra para cada cidadão*; Const. Espanhola, art. 35), uma vez

que o Estado não tem como garantir trabalho a todos. O índice de *desemprego* no mundo, em torno de 10%, mostra como há sempre um percentual considerável de pessoas em idade produtiva, mas sem conseguir seu engajamento laboral. O que se costuma garantir é apenas a *liberdade profissional*, no sentido de não se obrigar ninguém a trabalhar e muito menos neste ou naquele trabalho.

Muitos países apenas preveem em sua constituição que o *trabalho é direito e dever*, mas sem especificar quais os direitos trabalhistas, *remetendo para a legislação ordinária* (Const. Japonesa, art. 27). Os principais direitos trabalhistas reconhecidos são (Ex: Const. Cubana, art. 46; Const. Espanhola, arts. 28, 35 e 37; Const. Portuguesa, art. 59):

a) *jornada limitada de trabalho;*

b) *descanso semanal remunerado;*

c) *férias anuais;*

d) *salário-mínimo;*

e) *sindicalização;*

f) *greve;*

g) *negociação coletiva*[62].

A *Constituição Portuguesa* prevê expressamente a *estabilidade no emprego* em caráter geral (ou seja, sem justa causa), na esteira da *Convenção 158 da OIT*.

7.6. Direito de família

Parece ser o campo da *família* aquele em que há maior dificuldade de se verem com clareza as normas de Direito Natural, em face do *influxo que as paixões exercem sobre a inteligência*, obnubilando o discernimento daquilo que, em raciocínio simples e desapaixonado, se concluiria ser a norma mais adequada à convivência humana[63].

Com efeito, na sociedade atual, fortemente impregnada de erotismo, o sexo passou a ser visto como fonte principalmente de prazer e satisfação pessoal, desvinculado da razão pela qual, na Natureza, a *diferenciação sexual* existe, que é a *procriação e perpetuação da espécie*. Para o homem moderno, o prazer sexual deixou de ser meio e passou a ser fim em si mesmo. Daí a dificuldade em contextualizá-lo no âmbito da família e *tirar*

as consequências morais e jurídicas quanto ao comportamento adequado à natureza racional do homem.

Os *desvios éticos* nessa seara são de tal ordem que chegam a atingir no seu âmago o direito mais básico do ser humano, que é a *vida*. Nesse sentido, o *aborto* tem sido defendido como o último recurso do sexo irresponsável, no caso de todos os outros meios falharem para evitar a concepção.

É de fundamental importância, dentro desse contexto, recordar ideias básicas sobre a *natureza da família*, para compreender como a realidade humana do sexo, *maravilhosa participação na transmissão da vida*, pode e deve ser encarada.

A *celula mater* da sociedade (núcleo básico) é a *família*, como sociedade natural e primária, constituída numa *comunidade de vida e de amor*, para a *propagação da espécie humana* e ajuda recíproca nas necessidades materiais e morais da vida cotidiana.

O homem, desde a sua origem, surgiu no seio de uma família, que é a *primeira sociedade humana*. Não há que se falar, pois, em estado pré-social ou situação originária de promiscuidade sexual como na vida animal.

A família tem seu núcleo constitutivo no *matrimônio*, que se caracteriza pela convivência legítima e estável entre um homem e uma mulher, visando à procriação e educação dos filhos, bem como à mútua ajuda e aperfeiçoamento.

No contexto do matrimônio é que se entende em sua plenitude o *sexo*, pois a *união física* se dá juntamente com a *união espiritual*, ou seja, num contexto de *amor e doação mútua*. Sexo sem amor é próprio do animal.

A base do matrimônio é o *consentimento mútuo* na outorga e recepção do *direito perpétuo e exclusivo sobre o corpo* de cada um com vista aos atos aptos à procriação.

A diferenciação sexual do ser humano tem como *finalidade natural* a *conjugação dos dois sexos* para a perpetuação da espécie. Com efeito, homens e mulheres têm constituições física e psíquica distintas, complementares entre si. Trata-se do princípio filosófico-antropológico da diferenciação e complementaridade entre os sexos, consoante ensina Edith Stein[64].

Na união homossexual, como os parceiros possuem compleição física e psicológica semelhantes, fica de antemão vedada a possibilidade de que

haja a mencionada complementaridade dos contrários. Por simples impossibilidade natural, ante a ausência de bipolaridade sexual (feminino e masculino), não há que se falar, pois, em matrimônio entre dois homens ou duas mulheres, como não se pode falar em casamento de uma mulher com seu cachorro ou de um homem com seu cavalo (pode ser qualquer tipo de sociedade ou união, menos matrimonial).

À luz de tais considerações, parece-nos carecer de legitimidade a recente decisão proferida pelo STF na ADIN 4277 e na ADPF 132, de relatoria do Min. Ayres Britto (julgamento em 05/05/2011), por meio das quais aquela Corte reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como sendo entidade familiar, colocando a união homossexual num plano jurídico análogo ao do casamento entre homem e mulher.

O que mais chamou a atenção na decisão foi o fato de a fundamentação centrar-se quase que exclusivamente na discriminação existente, tecendo longos comentários sobre ela, e não analisar a questão antropológica subjacente e seus desdobramentos sociológicos.

Em que pese não ter reconhecido o "casamento" entre homossexuais, mas somente a "união estável", isto é, civil, entre pessoas do mesmo sexo, o Supremo acabou, na prática, colocando em pé de igualdade as relações heterossexuais e as homossexuais. Ao reconhecer que as uniões homoafetivas detêm o mesmo "*status* social" que as relações heterossexuais, equiparando-as em termos de direitos (no campo patrimonial, previdenciário e no direito de família, com a possibilidade de adoção de crianças), o STF acabou por esvaziar o sentido da união homem-mulher.

Indivíduos de orientação heterossexual e homossexual possuem a mesma dignidade perante a lei, e as pessoas homossexuais devem, sem sombra de dúvida, ser respeitadas nas suas opções. Além disso, das uniões homoafetivas derivam direitos que devem ser tutelados pelo Estado, conforme antes mesmo da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal já vinha ocorrendo, mormente em questões patrimoniais. Contudo, isso não é o mesmo que dizer que os casais homoafetivos devem gozar, irrestritamente, dos mesmos direitos de que gozam os casais de orientação heterossexual, sob pena mesmo de se deturpar o conceito de família, em termos antropológicos e sociológicos.

Não obstante todas as vozes que se levantam em favor de uma suposta

igualdade de direitos entre casais hetero e homossexuais, o fato é que não é possível igualar o que, por lei natural, é desigual. A indiscutível igualdade essencial de todos os seres humanos, que outorga a cada indivíduo o direito de ser respeitado e protegido enquanto pessoa humana, não afasta a natural desigualdade fisiológica e psicológica entre homens e mulheres. E o direito positivo não tem o condão de alterar a natureza das coisas.

Dessa forma, "*querer atribuir ao homossexualismo um estatuto sexual equivale a confundi-lo com identidade sexual. Ora, não existem senão duas identidades sexuais: masculina e feminina; não existe identidade homossexual, e o indivíduo só pode socializar-se e enriquecer o vínculo social a partir da sua identidade (de homem ou de mulher) [...]*"[65].

Por outro lado, quanto ao fato de haver uniões *heterossexuais* estéreis não invalida-se a *sua* finalidade natural, uma vez que a reagra é a fecundidade, *a qual, no caso de pessoas inférteis, não é excluída de forma deliberada ou proposital*. Haverá, nesse caso, a complementação mútua entre os dois sexos.

O matrimônio possui uma *dupla finalidade*, de acordo com a natureza própria do ser humano:

a) geração e educação dos filhos;

b) complementação e ajuda mútua de seus membros.

Tendo em vista, justamente, essa dupla finalidade, é que o matrimônio se reveste de *duas características básicas* que devem ser atendidas pela legislação positiva, sob pena de corrupção da instituição:

a) *unidade* – um homem com uma mulher;

b) *indissolubilidade* – vínculo permanente.

Nesse diapasão, *Javier Hervada* distingue o âmbito de regulamentação do matrimônio pela legislação positiva, em contraposição aos *elementos constitutivos* da natureza do pacto nupcial que *não podem sofrer alteração:*

> "La legislación positiva no da origen al matrimonio, ni de ella recibe su fuerza la dimensión jurídica de éste. Los 'sistemas matrimoniales', o legislación positiva del matrimonio dentro un ordenamiento jurídico concreto, se limitan a regular y ordenar el matrimonio – en aquello que sobrepasa su núcleo de derecho natural – y el 'ius connubii' de los contrayentes.
>
> Los 'sistemas matrimoniales' comprenden: 1º) las normas que regulan el

pacto conyugal en lo que se refiere a sus requisitos formales y a la capacidad y legitimación de los contrayentes; 2º) la ordenación de los vicios y defectos de la voluntad al contraer; 3º) la separación de los cónyuges y la posible nulidad del matrimonio celebrado; 4º) la eficacia del matrimonio contraído em orden a las demás relaciones y situaciones jurídicas reguladas por el ordenamiento.

Quedan fuera de la posible regulamentación positiva: la esencia del matrimonio, las propiedades esenciales, los fines, los derechos y deberes conyugales, el desarollo de la vida conyugal, la esencia del pacto conyugal, etc. En estas esferas el derecho positivo carece de fuerza instituyente, de modo que, por exceder de la competencia del legislador, la pretensión de conformar dichas esferas por el derecho positivo carecería de fuerza vinculante"[66].

Atentam contra a *unidade* natural do matrimônio:

- *Poliandria* – casamento de uma mulher com vários homens: vai contra o fim primário do matrimônio, por tornar impossível a identificação da paternidade da prole, pressuposto fundamental da educação dos filhos;
- *Poligamia* – casamento de um homem com várias mulheres: vai contra o fim secundário do matrimônio, por relegar a mulher a condição secundária e meramente instrumental, desatendendo a ajuda mútua que deve haver entre os esposos.

A *indissolubilidade* do matrimônio é requerida para a consecução plena do seu fim primário, pela educação da prole. No mundo animal, quanto mais evoluído é um animal, *maior a dependência da prole* em relação aos progenitores, exigindo *maior estabilidade na união* entre eles:

- os *peixes* já nascem independentes dos progenitores;
- os *mamíferos* dependem da mãe até se desmamarem;
- muitos *pássaros* dependem da fêmea e do macho para serem alimentados até poderem voar sozinhos.

Como o ser humano depende até bem passada a puberdade da *ajuda material e psicológica dos pais*, a união dos cônjuges deve prosseguir até

serem educados todos os filhos (fim primário) e, terminada a tarefa educativa, quando os pais já estão mais velhos, a indissolubilidade tem por base a ajuda mútua que se devem os cônjuges, justamente quando mais necessitam dela (fim secundário).

O *divórcio* (ruptura do vínculo matrimonial) vai, pois, contra a lei natural, não se justificando como solução para os *casos limite*, já que a lei não existe para generalizar a exceção, mas para determinar a regra geral, que atenda ao bem comum e não ao particular. A admissão do divórcio no direito positivo tem ocasionado apenas:

- *maior número de separações* – qualquer desavença é motivo de separação, sem se buscar solucionar a questão;
- *maior número de filhos desajustados* – carência do componente paterno ou materno na constituição do caráter;
- *maior despreparo para o casamento* – precipitação e desconhecimento temperamental prévio, fundado na possibilidade de divórcio se a experiência não for satisfatória.

O princípio da *autoridade* na família está ordenado de tal forma que os filhos obedeçam aos pais e a mulher ao marido. A educação dos filhos pertence primariamente aos pais (formação moral, ensinando os filhos a administrar a própria liberdade e respeitando-a quando chega o momento de escolher seu próprio estado ou profissão) e não ao Estado, que atua supletivamente (ministrar conhecimentos técnicos).

No caso do *direito de família*, a *Constituição Chinesa*, contraditoriamente, assenta ser garantida pelo Estado a proteção ao casamento, à mãe e aos filhos, mas, no mesmo dispositivo, coloca como *dever do marido e da mulher praticar o planejamento familiar*, eufemismo para limitar substancialmente os filhos, de acordo com os interesses do Estado (Const. Chinesa, art. 49), interferindo em seara afeta exclusivamente à deliberação do casal.

7.7. Direito à educação

O *direito à educação* representa o direito aos meios formativos a serem ofertados pela iniciativa privada ou pelo Estado, em caso de a iniciativa

privada não ter condições de assegurar a todos uma educação básica adequada.

No campo educacional, constitui princípio de lei natural que os primeiros e *principais educadores* da criança sejam os *pais*. Isto porque educar não é apenas transmitir conhecimentos técnicos (*techné* – conhecimento, formação da inteligência), mas formar o caráter, pela aquisição das virtudes (*areté* – virtude, formação da vontade). E esta última formação é responsabilidade primordial dos pais, sendo que a escola deve ser instrumento de colaboração e não de deformação dos valores incutidos pelos pais nos filhos.

Assim, o surgimento da instituição escolar, como *continuadora da tarefa de formação do indivíduo*, transmitindo-lhe os conhecimentos que a Humanidade foi acumulando ao longo dos séculos, decorre da impossibilidade dos pais de ministrarem aos filhos todo esse cabedal de conhecimentos, pois para tanto se exige uma preparação especial.

A *escola*, como *extensão da família* na formação do indivíduo, transmite-lhe, além dos conhecimentos técnicos, os *valores e os princípios básicos* que fundamentarão, posteriormente, a conduta do indivíduo quando atingir a maturidade. Nesse sentido, não tem apenas a função de formar cultural e profissionalmente o indivíduo, mas de conferir-lhe uma formação integral, que se nota especialmente nos aspectos moral e social (formação do caráter e da sociabilidade).

Daí que as *escolas privadas* sejam comumente criadas por *instituições religiosas* preocupadas com essa formação integral da pessoa ou por *grupos de pais* que querem transmitir aos filhos, além dos conhecimentos técnicos, os valores que prezam.

Ora, se a educação é um direito de todo ser humano, para que possa desenvolver-se como pessoa, fazendo render todas as suas potencialidades e qualidades naturais, com a ajuda da experiência técnica e cultural das gerações anteriores, constitui *obrigação do Estado assegurar esse direito*, proporcionando as *condições necessárias* para que todos possam receber essa formação, conforme suas potencialidades, quer *ajudando o ensino privado*, quer criando e mantendo as escolas públicas.

Assim, o fato de a educação ser uma obrigação do Estado não significa que toda a educação deva ser estatal e pública. O *ensino público* constitui uma das formas que o Estado dispõe para cumprir essa sua obrigação de

assegurar a todos o direito à educação.

Como, pela educação, se tende a transmitir, além dos conhecimentos técnicos, valores, teríamos que, no caso da educação ser considerada *monopólio do Estado*, este acabaria incutindo desde a mais tenra infância suas ideologias políticas aos jovens, incapazes de discernirem o ideológico do fático, por lhes faltar o espírito crítico que apenas se adquire com a experiência e o passar dos anos.

Por isso, tendo em vista estar a criança *indefesa frente aos professores*, no que se refere ao conteúdo educacional transmitido, compete aos pais zelarem pela *boa formação social e moral transmitida aos filhos* (sabendo-se que o conteúdo valorativo pode ser veiculado sob as mais diversas formas: visão histórica transmitida; concepção artística e literária inoculada; cientificismo, tecnicismo ou confessionalismo do ensino, em detrimento de uma educação humanística ou liberal). Nesse sentido, o *controle dos pais sobre as escolas*, mormente quando elas são constituídas mediante a associações de pais, com o intuito de ministrarem o melhor ensino que desejam aos filhos, torna realmente a escola uma extensão e continuadora da educação familiar.

Ora, o monopólio estatal da educação impede na prática esse controle, pois a própria *concepção estatizante da educação* tem por substrato uma *visão socializante do homem*, em que este é visto menos como pessoa individual possuidora de direitos e mais como elemento singular do Estado, a servir aos interesses maiores da nação.

Experiência que demonstrou a *inviabilidade prática do monopólio estatal da educação* foi a tentativa bolchevique, nos primeiros anos da *revolução comunista na Rússia* (quando estavam os revolucionários inebriados pelos ideais socializantes que ainda se encontravam apenas no plano das ideias), de atribuir exclusivamente ao Estado a educação das crianças, possibilitando, dessarte, incutir-lhes a ideologia marxista desde a infância. A experiência, ao *estilo espartano*[67], provocou tais desajustes psicológicos nessas crianças tão precocemente afastadas do convívio familiar, que os soviéticos, em poucos anos, acabaram por reformular sua política nesse aspecto, sem, no entanto, reconhecerem o fracasso de sua postura teórica. A partir de então, os pais passaram a ser os funcionários do Estado para a educação dos próprios filhos:

“Os pais são os delegados do Estado, os representantes junto dos filhos,

> dos mestres políticos. Virá o dia em que o Estado assumirá todo o encargo da educação. De momento, esmagado pelas necessidades orçamentárias, não pode pensar nisso. Confia aos pais a missão que em princípio reservou a si. Mas exerce um controle vigilante e não duvida em qualificar de crime a proibição, por parte dos pais aos filhos, de entrarem em organizações políticas”[68].

Assim, com o reconhecimento do *direito ao ensino privado* pela legislação positiva, têm os pais a possibilidade de escolher entre as escolas públicas e privadas, optando por aquelas que melhor atendam aos seus interesses. Se o ensino público é fraco ou ideologicamente engajado em correntes de que os pais não comungam, poderão recorrer às escolas particulares, ou mesmo criá-las. Não significa isso que o ensino público seja necessariamente engajado[69] e o particular neutro. Em muitos casos, as escolas particulares são confessionais (organizadas por instituições religiosas), com o que não se pretende que a privatização do ensino garantiria a neutralidade da educação. O que deve haver é o direito dos pais de poderem escolher a espécie de educação que desejam para seus filhos; nunca uma educação imposta pelo Estado como a única admissível.

No caso das famílias que não disponham de meios para custear o estudo dos filhos, cabe ao Estado *ministrá-lo gratuitamente*, pois está em jogo o aperfeiçoamento técnico de toda a nação. Desse modo, do ponto de vista dos direitos fundamentais do ser humano, são garantias a serem asseguradas pelo Estado em sua legislação positiva o *ensino público gratuito e ideologicamente não engajado aos mais necessitados* (que não dispõem de condições financeiras para custearem seus estudos) e a *liberdade do ensino privado* impartido pelas instituições civis e religiosas ou estabelecimentos criados pela associação de pais, a quem compete primária e inalienavelmente o direito de educação.

Em novembro de 2009, o Brasil firmou com a Santa Sé, em Roma, *Acordo Internacional* que disciplina as *relações entre a Igreja Católica e o Estado Brasiliero*, sendo que os arts. 10 e 11 do Acordo tratam das questões ligadas à *educação*, em seu aspecto de transmissão de *valores* conformes às convicções religiosas das pessoas, famílias e comunidades.

Levando-se em conta o *princípio da subsidiariedade*, segundo o qual o Estado não deve substituir-se àquilo que podem e devem fazer as *pessoas* e os *grupos sociais menores*, como as famílias, as escolas, as associações, os

sindicatos[70], a *educação estatal* é um *complemento e apoio à educação privada*, devendo respeitar suas características antropológicas.

Daí que os dois artigos que tratam da matéria no Acordo Brasil-Santa Sé contemplam, por um lado, uma educação ministrada por *escolas católicas* e, por outro, o *ensino religioso pluriconfessional* ministrado nas *escolas públicas de ensino fundamental*, como elemento de formação integral da pessoa.

Assim estão redigidos o *caput* do art. 10 e o art. 11 com seu § 1º, que nos interessam para aprofundamento:

> "Art. 10. A Igreja Católica, em atenção ao princípio de cooperação com o Estado, continuará a colocar suas instituições de ensino, em todos os níveis, a serviço da sociedade, em conformidade com seus fins e com as exigências do ordenamento jurídico brasileiro".
>
> "Art. 11. A República Federativa do Brasil, em observância ao direito de liberdade religiosa, da diversidade cultural e da pluralidade confessional do País, respeita a importância do ensino religioso em vista da formação integral da pessoa.
>
> § 1º O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação".

O acordo, neste aspecto, seguiu na esteira da própria *Constituição Federal*, que em seu art. 210, § 1º, prevê expressamente:

> "Art. 210. [...] § 1º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental".

Já a *Lei de Diretrizes e Bases da Educação* (Lei 9.394/96), em seu *art. 33* (com a redação dada pela Lei 9.475/97), dispõe que:

> "Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de

proselitismo.

§ 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão normas para a habilitação e admissão de professores.

§ 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso".

Ora, a dicção da norma constitucional e infraconstitucional é apenas a de garantir o *ensino religioso facultativo* nas escolas de *ensino fundamental*, não lhe definindo o conteúdo. O Acordo veio a fixar que este será necessariamente *confessional e pluralista*, ou seja, de acordo com o *credo do estudante ou de seus pais*.

Ensino religioso *não se confunde com história ou sociologia da religião*. Não se trata de transmitir um vago sentimento religioso ou dar a conhecer o fenômeno religioso em suas diferentes manifestações, como cultura geral. Para ter alguma *utilidade prática*, o ensino religioso deve ser de uma *fé concreta*, de acordo com a opção manifestada pelos pais ou pelo próprio estudante, como garantia da liberdade religiosa.

Justamente por se colocar a disciplina como ministrável no *ensino fundamental* é que deve ter por objeto a *colaboração na transmissão da fé dos pais*, ensinada em casa e reforçada no colégio. Se fosse para se dar apenas história ou sociologia da religião, o nível letivo seria o do ensino médio, não o fundamental. A formação da criança só é completa quando a dimensão religiosa é transmitida, com *respeito à fé dos pais*. Por isso a Igreja católica não admite o batismo de crianças e adolescentes se os pais professam fé diversa e se opõem.

Nem se diga, como o faz a Procuradoria-Geral da República na ADI 4439, que a confessionalidade do ensino poderia *discriminar minorias religiosas* sem expressão que permitisse a constituição de uma turma específica. Como o ensino é facultativo, estariam dispensados da disciplina sobre religião que não professam. O que não se admite é o *desvirtuamento da matéria em atenção a minorias*, tornando inócuo o ensino. A Constituição fala em "ensino religioso" e não "análise crítica da religiosidade", como, na prática, é o que pretendem.

Minha *experiência pessoal*, quando adolescente, firmou-me ainda mais a convicção da necessidade da confessionalidade do ensino religioso, ainda

que às avessas. Tendo estudado em colégio religioso no período que se seguiu imediatamente ao Concílio Vaticano II, foi-nos dado como conteúdo da disciplina de "Religião" o recém-editado "*Catecismo Holandês*", que se poderia chamar de tudo, menos de catecismo da doutrina católica. Em um ano estudamos o Bramanismo, Hinduísmo, Budismo e Islamismo. Só não conseguimos chegar ao Cristianismo. Como *cultura geral*, talvez tenha deixado algum verniz de conhecimento das religiões, mas em nada contribuiu para mudar ou fortalecer minha espiritualidade.

Elencando a legislação de 5 Estados da Federação, o Núncio Apostólico no Brasil apresenta a forma como já se vinham implementando os termos do Acordo antes mesmo de sua assinatura[71]:

a) *Rio de Janeiro* (Lei Estadual 3.459/00) – prevê:

- a escolha pelos pais ou pelo aluno maior de 16 anos do *ensino religioso confessional*, segundo o credo que professa (art. 1º);
- os *professores* de ensino religioso serão aqueles *credenciados no MEC e pela autoridade religiosa competente*, com formação religiosa obtida em instituição por ela mantida ou reconhecida (art. 2º), realizando-se concurso público para sua seleção (art. 5º);
- habilitaram-se como credos a serem ensinados o *católico*, o *judaico* e o *evangélico*.

b) *Bahia* (Lei Estadual 7.945/01) – prevê também o *ensino religioso confessional*, segundo a opção das famílias, incluindo o credo dos *afrodescendentes*.

c) *São Paulo* (Lei Estadual 10.783/01) – prevê um *ensino não confessional*, ministrado por professores de História, Ciências Sociais ou Filosofia, desvirtuando completamente o sentido da disciplina.

d) *Paraná* (Deliberação 1/06 do Conselho Estadual de Educação) – também de caráter *não confessional*, tendo como objeto apenas o *"estudo das diferentes manifestações do sagrado no coletivo"*.

e) *Minas Gerais* (Lei 15.434/05) – igualmente contempla o ensino religioso em caráter *não confessional* (art. 1º), prevendo que o conteúdo dessa disciplina será integrado apenas por "*aspectos da religiosidade em geral, da religiosidade brasileira e regional, da fenomenologia da religião, da antropologia cultural e filosófica e da formação ética*" (art.

2º).

O modelo a ser aplicado após a ratificação do Acordo Brasil-Santa Sé é o do *ensino religioso confessional pluralista*. Retirar o caráter confessional desse ensino é desrespeitar os termos do acordo, que ingressou em nosso ordenamento jurídico e deve ser observado, a par de se tornar inútil a disciplina e frustrada a vontade do constituinte.

Para implementar o Acordo, será necessário, obviamente, superar dificuldades de ordem prática e burocrática, no que diz respeito a quem definirá os *conteúdos da disciplina* em relação a cada confissão religiosa e como se *selecionarão os professores* que as ministrarão. No entanto, como disciplinada pelo Estado do Rio de Janeiro, a questão pode ser bem solucionada nos demais Estados da Federação, em respeito à Constituição, à Lei de Diretrizes e Bases da Educação e ao Acordo Brasil-Santa Sé.

De qualquer forma, é de destacar a decisão da *Corte Europeia de Direitos Humanos*, sediada em Estrasburgo (França), no caso *Lautsi e outros* vs. *Itália*, de 18 de março de 2011, no qual, por 15 votos a 2, o Plenário decidiu que *não atenta contra a laicidade do Estado*, nem viola o art. 14 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos a *manutenção de crucifixos nas escolas públicas italianas*[72]. Ou seja, o elemento cultural religioso constitutivo da tradição de uma nação não implica confessionalidade do Estado ou discriminação de qualquer forma.

Por sua vez, a *ADI 4439-DF*, intentada contra o Acordo Brasil-Santa Sé pela Procuradoria-Geral da República, cujo relator é o Ministro *Ayres Britto*, insiste na aconfessionalidade do ensino religioso, quando, desde a promulgação da Carta Magna de 1988, que prevê expressamente esse ensino nas escolas públicas, as aulas de religião têm sido sempre de uma religião em concreto, majoritariamente cristã, e nunca houve essa contestação. *Ensino religioso aconfessional é inútil*, a par de *frustrar a vontade do Constituinte*, que o inseriu como *elemento formativo do caráter e da personalidade* do indivíduo, e não apenas de sua cultura geral[73].

7.8. Direito à saúde

O *direito à saúde* representa o direito aos meios de tratamento e prevenção de doenças, acessível a toda a população, quando a iniciativa privada não tenha condições de oferecê-los em caráter geral.

Atualmente, duas são as *principais vertentes* da atuação estatal no domínio da saúde, para implementar esse direito humano fundamental:

a) *manter um sistema de saúde* que atenda a população que não dispõe de condições para arcar com os custos de tratamentos médicos, destinando parcela substancial de seu orçamento;

b) *regulamentar e controlar os planos de saúde privados*, de forma a que atendam sem desproporcionado ônus aos seus beneficiários.

Não se exige da *medicina estatal* a disponibilização de *meios extraordinários* para manutenção e recuperação da vida e saúde, em face da necessidade de otimizar os recursos destinados à saúde.

Tema polêmico, nesse sentido, é o do direito ao *fornecimento gratuito de medicamentos* necessários ao tratamento da AIDS, para pacientes desprovidos de recursos financeiros para custeá-los[74]. A polêmica se coloca em face do *elevado preço dos medicamentos* e vai perdendo importância específica, na medida em que tais medicamentos têm seu preço paulatinamente reduzido.

Por isso também, o que não se admite em matéria de intervenção estatal no domínio da saúde é a utilização dos *hospitais públicos* para a distribuição de *anticoncepcionais* (em nome de combate a doenças sexualmente transmissíveis) ou para a realização de *abortos*, por serem ações moralmente más, contrárias aos direitos de primeira geração, concernentes à vida, a par de desviar recursos que buscam justamente garantir o direito à vida.

7.9. Direitos de solidariedade

Os chamados *direitos de 3ª geração*, completando a trilogia do ideal revolucionário francês da *"Liberté, Égalité et Fraternité"*, podem ser englobados na expressão ampla de *Direitos de Solidariedade*, especialmente em relação aos membros da sociedade *mais necessitados*, que são as *crianças, idosos e deficientes*. A vida no seu início e no seu ocaso, bem como em condições de deficiência, exige uma *proteção maior*, como de direito.

Nesse sentido, a *legislação positiva* de muitos países vai incluindo normas de *proteção especial*, como ocorre no Brasil, com o *Estatuto da Criança e do Adolescente* (CF, arts. 227-228; Lei 8.069/90), *Estatuto do Idoso* (CF,

arts. 229-230; Lei 10.741/03) e *Estatuto da Pessoa Portadora de Deficiências* (CF, arts. 7º, XXXI, 37, VIII; 227, §§ 1º, II, e 2º; Lei 7.853/89).

No caso da *criança* e do *adolescente*, a proteção especial diz respeito à garantia das condições necessárias para sua *formação e pleno desenvolvimento físico, mental e moral*, coibindo tudo o que possa deformar a criança e o adolescente: violência e pornografia na televisão, exploração sexual de menores, dependência de drogas e entorpecentes etc.[75].

No caso dos *idosos*, a tônica dos seus direitos fundamentais diz respeito a um *atendimento preferencial* (mormente nos serviços públicos), até seguindo o dito popular de que "*antiguidade é posto*", merecendo a 3ª idade e as cãs um *respeito reverencial* por parte dos mais jovens. Nesse sentido, além das *facilidades e prioridades* que se procuram ofertar aos mais idosos (em geral, a partir dos 60 anos de idade), a proteção diz respeito notadamente à *saúde* e às *formas alternativas de participação* na atividade laboral, sem esquecer, como o faz a legislação positiva, da "priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar" (Lei 10.741/03, art. 3º, parágrafo único, V) e de que "os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade" (CF, art. 229, *in fine*), preceito dos mais fundamentais em termos de Direito Natural, correspondendo ao primeiro dos mandamentos relativos ao amor ao próximo que constam do Decálogo (4º mandamento).

Finalmente, quanto aos *portadores de deficiência*, lembrando a popular música de *Chico Buarque*, ao dizer que todos têm defeitos, "*só a bailarina que não tem*", pois não há ser humano perfeito, os portadores de *necessidades especiais* devem ter essas necessidades atendidas, encontrando-se as condições em que possam cumprir a sua missão na sociedade. Daí que se lhes reservam *vagas* em concursos públicos e *não se admita tratamento discriminatório* em face da deficiência que apresentem[76].

8. A interpretação dos direitos humanos fundamentais

Uma vez positivados, os *direitos humanos fundamentais* estão sujeitos à

interpretação de sua expressão escrita, de modo a se estabelecer seu alcance. Para tanto, o sistema prevê órgãos específicos para *dizer o direito* já positivado.

Os dois principais órgãos estabelecidos para tal mister, variando de país a país, são o *Tribunal Constitucional*, com função exclusiva de controle de constitucionalidade de leis e decisões judiciais, e a *Suprema Corte*, que terá por missão, além de ser a última instância recursal, a de efetuar o já mencionado controle de constitucionalidade.

Ao fixar o *conteúdo da norma* que garante direito humano fundamental, o Tribunal Constitucional ou Corte Suprema utilizarão *técnicas e métodos de interpretação* que poderão dar resultados diferentes, conforme a técnica e o método utilizado.

A própria *escolha das técnicas e meios* está relacionada com as diferentes concepções de legitimidade do Direito Positivo que se possa ter, conforme o quadro geral traçado anteriormente.

De qualquer forma, as *técnicas e métodos* para se interpretar *direitos fundamentais* são *distintos* daqueles utilizados para o restante conjunto de normas escritas que compõem um determinado ordenamento jurídico.

Com efeito, quanto à *fonte de extração da força vinculante* das normas, já os gregos, conforme visto, reconheciam apenas *dois fundamentos* para se dizer que um bem pertence a uma determinada pessoa e que há a obrigação de respeitá-lo por parte das demais pessoas:

1) a *natureza* (“*physis*”) – é o substrato primordial para a atribuição de bens a qualquer pessoa, dizendo respeito ao simples fato de possuir a *natureza humana*, da qual deriva a noção de pessoa (fundamenta os direitos mais básicos do ser humano, que são os direitos à *vida*, *liberdade* e *igualdade*, já que, sem a vida, não há base para atribuição de quaisquer outros bens à pessoa);

2) as *convenções* (“*nomos*”) – substrato dos bens atribuídos às pessoas mediante o *acordo de vontades*, que vincula ao cumprimento da palavra dada (engloba a imensa maioria dos direitos que são usufruídos pelas pessoas).

Por sua vez, sob o denominador comum de *convenções* encontramos duas espécies de fontes de direitos, em seu *aspecto vinculativo* quanto às obrigações assumidas:

1) *contrato* – acordo de vontades, em que se assumem obrigações

recíprocas, no qual *ao direito de uma parte corresponde a obrigação de outra*, e vice-versa, numa correspondência de *direitos e deveres*: o cumprimento da obrigação, como forma de respeitar o direito da outra parte, funda-se no compromisso assumido e na consciência de se ter recebido a contraprestação devida;

2) *lei* – norma de conduta estabelecida com a *participação* (direta ou indireta, ativa ou passiva) daqueles que a ela estarão submetidos, o que os *vincula* ao seu cumprimento.

São *3* as *modalidades* comumente reconhecidas como de *participação* dos membros de uma sociedade no *processo legislativo*:

a) *democracia direta* – participação direta na deliberação das regras de conduta em sociedade (cidades-estado gregas e cantões suíços);

b) *democracia representativa* – participação indireta na elaboração das leis, mediante a escolha de representantes que as irão votar (Parlamento);

c) *monarquia tradicional* – aceitação sem resistência das lideranças tradicionais, carismáticas ou ditatoriais existentes na sociedade.

Aqueles que participaram diretamente do processo de escolha das regras de convívio social, ou elegeram representantes que as elaborassem, ficam *vinculados* às leis estabelecidas, mesmo que as regras não tenham saído do modo como desejavam.

Ora, no caso dos *direitos não fundamentais*, que são fruto de elaboração legislativa, pode o Tribunal Constitucional ou Corte Suprema conformar o ordenamento jurídico ao sabor da *vontade popular* que lhe chega pelos meios de comunicação social ou mediante outros mecanismos de aferição. Se a própria lei, num regime democrático, é fruto da vontade popular, a sua interpretação, em caso de sentido não claro, pode e deve levar em conta o sentir da sociedade à qual a lei é aplicada.

Assim, têm sido previstos constitucionalmente mecanismos, tais como o *amicus curiae* ou as *audiências públicas*, para que a Corte Suprema ou Tribunal Constitucional possam obter elementos que os ajudem a compreender melhor a questão em debate e decidir de acordo com o que seria melhor para a sociedade no momento atual[77].

Tais mecanismos, no entanto, em relação aos *direitos fundamentais* não têm nem podem ter o objetivo de tomar o pulso da opinião pública e da vontade popular, para que as decisões dessas Cortes se conforme com

elas[78]. Isto porque os direitos humanos fundamentais, como já dito acima, não são fruto de consenso e outorga, mas de reconhecimento e declaração. Daí que esses mecanismos tenham, no campo dos direitos fundamentais, apenas a finalidade de *esclarecer os membros das Cortes Supremas e Tribunais Constitucionais* sobre *elementos fáticos essenciais* para decidirem em consonância com a *natureza desses direitos*, ínsitos à dignidade da pessoa humana.

Em palestra na Universidade de Brasília (junho de 2009), *Antonin Scalia*, juiz da Suprema Corte Americana, *contestava a visão de ativismo das Cortes Constitucionais*, sustentando que não cabe à Corte Suprema moldar a Constituição conforme a vontade popular de um dado momento histórico, mas, pelo contrário, *preservar os valores e princípios eleitos pelo Constituinte* no momento de elaboração da Constituição. Se a sociedade pretende rever os valores, que siga o caminho previsto constitucionalmente para reforma da Carta Política e das leis, pelo Poder Legislativo. Do contrário, *onde estaria a segurança jurídica*, se juízes se arvorassem em legisladores?

Há necessidade, portanto, de *parâmetros estáveis*. As *Constituições Espanhola* (art. 10.2) e *Portuguesa* (art. 16.2), por exemplo, estabelecem, no título que trata dos direitos e deveres fundamentais, *regra de exegese* para os direitos fundamentais, no sentido de que serão interpretados *em conformidade (e harmonia) com a Declaração Universal dos Direitos Humanos*, parâmetro universalmente reconhecido e, portanto, mais estável.

No caso de eventual *colisão de direitos fundamentais*, como, por exemplo, entre vida, liberdade e igualdade, as Cortes Supremas e Tribunais Constitucionais deverão adotar *processo de ponderação* que, sem negar um dos direitos em conflito, atenue concretamente a aplicação de um, em face da maior essencialidade de outro[79].

Assim, reconhece-se a *hierarquização axiológica dos direitos humanos fundamentais*, com os de 1ª geração se sobrepondo aos de 2ª e estes aos de 3ª geração, com hierarquização também no seio de cada geração, dada a maior essencialidade de uns em relação aos outros, o que deverá ser levado em conta pelo intérprete e aplicador das normas constitucionais assecuratórias de direitos fundamentais. Nesse sentido segue a lição de *Juarez Freitas*:

"A interpretação sistemática realiza sempre hierarquização axiológica, de

sorte a fazer preponderar, inclusiva e exclusivamente, ora a regra superior, ora, em caso de antinomia pendente, o princípio superior. Recorre-se, em todas as hipóteses, expressa ou ocultamente, ao princípio da hierarquização, até mesmo ao lidar com princípios e regras de prioridade, tendo em vista as exigências teleológicas do sistema, que reclama – para além de relativismos niilistas – solução das controvérsias, de maneira a concretizar a máxima justiça possível em face da dialética e saudável coexistência dos princípios fundamentais”[80].

9. Conclusão

Concluímos, pois, que os *direitos humanos fundamentais*, como ínsitos à pessoa humana, decorrendo de sua dignidade, não são objeto de outorga constitucional ou de fixação por consenso ou maioria parlamentar, mas de *reconhecimento em caráter declaratório* do que já pertence ao homem.

Nesse sentido, as escolas que melhor os *fundamentam* são as *jusnaturalistas*, calcadas em *Aristóteles* e S. *Tomás de Aquino*, modernamente revisitadas por *Johannes Messner*, *Michel Villey, Javier Hervada* e *John Finnis*, entre tantos, uma vez que calcadas na observação da *natureza humana*, e não em apriorismo racionalista ou vontade da maioria. Outras correntes, especialmente o *contratualismo*, são perfeitas para fundamentar a força vinculante das leis que regulam direitos não fundamentais, que, aliás, abrangem a maior parte das normas vigentes numa determinada sociedade. No entanto, em se tratando de direitos fundamentais, não ofertam sustentáculo que seja infenso aos arreganhos de maiorias parlamentares eventuais, que suprimam direitos fundamentais em nome do *princípio democrático da vontade da maioria*.

Conforme registramos alhures e antanho, “o descompasso entre o Direito Positivo e o Direito Natural, quanto a esses direitos básicos do ser humano, faz com que a ordem jurídica positiva perca sua legitimidade, uma vez que não espelha a Justiça consistente em dar a cada um o que naturalmente lhe pertence. Já no que diz respeito à outra grande ordem de direitos – os convencionais –, a legitimidade da norma advém da participação na sua elaboração daqueles que a ela deverão estar submetidos”[81].

Por sua vez, quanto à sua *positivação e interpretação*, caberá ao

Parlamento e às Cortes Supremas ou Tribunais Constitucionais utilizarem-se de mecanismos e métodos, que, mais do que auscultarem a vontade popular nessa matéria, forneçam elementos para a descoberta da essencialidade desses direitos para a sobrevivência do homem como ser racional e social.

1 Para a elaboração deste artigo colaborou a Dra. *Mariana de Andrade Ramalho Cavalcanti*, Assessora de Ministro do Tribunal Superior do Trabalho e Pós-Graduada em Direito Público pelo Instituto Brasiliense de Direito Público.

2 Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Membro do Conselho Nacional de Justiça, Mestre em Direito Público pela Universidade de Brasília (Bacharelado na Universidade de São Paulo) e Professor do Instituto Internacional de Ciências Sociais (SP), Instituto Brasiliense de Direito Público (DF) e da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (DF).

3 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24.

4 Já na *Declaração de Independência Americana* (1776) se assentava que “os homens são criados iguais e são dotados por seu Criador de direitos inalienáveis, entre os quais se encontram a vida, a liberdade e a busca da felicidade”.

5 VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 184.

6 VILLEY Michel. *A formação,* cit., p. 181.

7 REALE, Giovanni e ANTISERI, Dario. *História da filosofia.* São Paulo: Edições Paulinas, 1990. v. I, p. 81.

8 HERVADA, Javier e IZQUIERDO, Miguel Sancho. *Compendio de derecho natural*. Pamplona: Eunsa, 1980. v. I, p. 52.

9 “Sobre que se fundamenta a igualdade entre os homens? Todos os homens gozam de igual dignidade e direitos fundamentais, porquanto, criados à imagem do único Deus e dotados de uma mesma alma racional, têm a mesma natureza e origem e são chamados, em Cristo único salvador, à mesma bem-aventurança divina” (Compêndio do Catecismo da Igreja Católica, n. 412).

10 LLAMBIAS, J. *El pensamiento del derecho y del Estado en la antiguedad.* De Homero hasta Platón. Buenos Aires: 1956. p. 164-165. apud DE LA TORRE, A. Sanchez. *Los griegos y el derecho natural*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1962, p. 73.

11 “Da mesma forma se chama de Deus a lei que é antes dos homens, mas que por Ele foi dada”. SANTO AGOSTINHO. *Cidade de Deus*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000. p. 2245.

12 GONZAGA, Tomás Antônio. *Tratado de direito natural*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

13 Cfr. *Ética a Nicômaco*. Livro I, n. 1 (a edição utilizada foi a da EDIPRO – 2002 – Bauru).

14 Cfr. DE LA TORRE, A. Sanchez. *Los griegos y el derecho natural*. Madri: Tecnos, 1962. p. 102.

15 WEINREB, Lloyd L. *Natural law and justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1987. p. 34.
16 WEINREB, Lloyd L. *Natural*, cit., p. 34 e 35.
17 JAEGER, Werner. *Paideia* – A formação do homem grego. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 379.
18 Edição portuguesa utilizada: ARISTÓTELES. *Política*. Bauru: EDIPRO, 2008.
19 Cfr. FINNIS, John. *Direito natural em Tomás de Aquino.* Tradução de Leandro Cordioli e Revisão de Elton Somensi de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2007.
20 A edição usada neste trabalho é a bilíngue (latim-português) da Loyola (São Paulo, 2005), cuja tradução foi coordenada por *Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira*.
21 Napoleão promoveu a codificação das leis, designando juristas ilustres da época (Cambacéres, Portalis, Bigot de Préameneu) para essa tarefa, da qual participou pessoalmente, presidindo 52 das 102 sessões do Conselho de Estado que discutiram os projetos (o resultado foi a promulgação, em 21 de março de 1804, do Código Civil, com 2.281 artigos, tornando-se em 1807 o "Código Napoleão"). Além do Código Civil, foram editados posteriormente os Códigos de Processo Civil (1806), Comercial (1807), de Processo Penal (1808), Penal (1810) e Rural (1814). Cfr. LENTZ, Thierry. *Biografia de Napoleão*. In: *Napoleão*. São Paulo: MAB-FAAP, 2003. p. 33-38.
22 RUIZ MIGUEL, Alfonso. *Una filosofia del derecho en modelos históricos.* Madri: Editorial Trotta, 2002. p. 226-239.
23 Cfr. BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural.* Brasília: Editora UnB, 1998.
24 CORRÊA, Alexandre. *A concepção tomista do direito natural*. São Paulo: Convivium, 1984.
25 CAVALCANTI, Mariana de Andrade Ramalho. *Direito natural e jusnaturalismo:* breve análise das Escolas Jusnaturalistas e suas diferenças. In: Revista *Direito Público*. São Paulo: IDP-IOB – Ano V – n. 22 – jul.-ago. 2008, p. 193-194.
26 RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2004.
27 VILLEY, Michel. *Filosofia do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.
28 HERVADA, Javier. *O que é o direito?* A moderna resposta do realismo jurídico. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 65.
29 HERVADA, Javier. *Lições propedêuticas de filosofia do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 352-355.
30 Cf. BOBBIO, Norberto e outros. Jusnaturalismo. In: *Dicionário de política*. Brasília: Editora UnB, 2004. v. I. p. 272.
31 O apriorismo contratualista é de tal ordem que divergiam fundamentalmente Jean-Jacques Rousseau e Thomas Hobbes (1588-1679), afirmando o primeiro ser o homem *bom por natureza* (*"a sociedade corrompe o homem"*), enquanto o segundo asseverava ser o homem *mau por natureza* (*"o homem é lobo do homem" – O Leviatã*).
32 Cf. MARITAIN, Jacques. *Los derechos del hombre* – Cristianismo y democracia. Madrid: Ediciones Palabra, 2001. p. 59.
33 Cfr. WIGGERSHAUS, Rolf. *A Escola de Frankfurt*. Rio de Janeiro: Difel, 2006. p. 668-685; HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*. Madri: Taurus, 2003.
34 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
35 DWORKIN, Ronald. *O império do direito.* São Paulo: Martins Fontes, 1999.
36 Não estranha que o positivismo jurídico tenha derivado do positivismo lógico do *Círculo de Viena*, que repudiava toda e qualquer explicação metafísica da realidade (cfr. nosso *Manual esquemático de história da filosofia. 3. ed. São Paulo: LTR, 2003,* a respeito de Ludwig Wittgenstein, Moritz Schlick e Hans Kelsen).
37 MOLINERO, Marcelino Rodríguez. *Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contemporâneo*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1973. p. 52.

38 Cfr. ELLSCHEID, Gunter. O problema do direito natural; uma orientação sistemática. In: *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneos.* Coord. Arthur Kaufmann e Winfried Hassemer. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

39 KANT, Emanuel. *Zum ewigen Frieden, Werke in sechs Banden*. Weischedel, W. (org.), 6º volume, p. 235. *apud Ellscheid*, *O problema*, cit.

40 VON SAVIGNY, Friedrich. *História do direito romano na Idade Média* (1831) e *Sistema de direito romano atual* (1849).

41 *Derecho*, cit., p. 78.

42 VON IHERING, Rudolf. *A luta pelo direito* (1872).

43 Para uma visão específica de cada um desses pensadores, remetemos a nosso *Manual*.

44 HUGO, G. *Lehrbuch der Juristischen Encyklopädie*. p. 33, apud *Molinero,* Marcelino Rodríguez, *Derecho*, cit., p. 71.

45 Cfr. *EllscheLd,* Gunter, *O problema*, cit.

46 Para alguns, a expressão *"geração de direitos"* afigura-se imprecisa do ponto de vista doutrinário, na medida em que o termo gerações poderia passar a impressão equivocada de que uma nova geração de direitos, à medida que vai surgindo, passaria a substituir a geração que a antecede, num processo de sucessão cronológica (*Bonavides,* Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 572; SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 53). Assim, cunhou-se a expressão *"dimensões de direitos"*, a qual, buscando evitar a possível imprecisão terminológica acima mencionada, conseguiria transmitir a ideia de que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais retrata, de fato, um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, na medida em que os direitos do homem encontram-se em constante processo de *"expansão, cumulação e fortalecimento"* (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 24-25). LEMOS, Bruno Espiñera, na esteira do Prof. Cançado Trindade, também fala em *dimensões* dos direitos fundamentais, chegando até a 4ª dimensão (cfr. *Direitos fundamentais*, Brasília: Fortium, 2007, p. 17-19).

47 Cfr. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 563.

48 Cfr. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p. 127-128.

49 A classificação em direitos de defesa e direitos a prestações em sentido estrito e em sentido amplo é proposta por SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998. p. 159.

50 Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo:* Max Limonad, 2002. p. 12.

51 Op. cit., p. 68-69.

52 Cfr. SARLET, Ingo W.. *A eficácia*, cit. p. 59-60.

53 *Curso*, cit. p. 570-572.

54 *A eficácia*, cit. p. 59-60.

55 *A dignidade da pessoa está fundamentada na criação à imagem e semelhança de Deus. Dotada de uma alma espiritual e imortal, de inteligência e de livre vontade, a pessoa humana está ordenada para Deus e chamada, com a sua alma e o seu corpo, à bem-aventurança eterna* (Compêndio do Catecismo da Igreja Católica, n. 358).

56 Cfr. jornal *Correio Braziliense* de 08-09-08. p. 27.

57 Cf. NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de bioética e biodireito.* São Paulo: Atlas, 2009. p.

27, lembrado por João Trindade Cavalcante Filho. *Roteiro de direito constitucional.* Brasília: 2011. p. 159.

58 Argumento utilizado pelo então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Fonteles, autor da ADI-3510-DF, que contestava a constitucionalidade da Lei 11.105/05, sobre a manipulação de embriões humanos para pesquisas científicas.

59 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. "Proteção do direito à vida: A questão do aborto". *Revista de Direito Público*. Disponível em: <http://www.direitopúblico.idp.edu.br>. Acesso em: 28 jun. 2011.

60 Rel. Min. Carlos Britto, julgada em 29-05-08, reconhecendo, por 6 votos a 5, a constitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/05, que permite a pesquisa com células-tronco embrionárias.

61 A batalha em defesa do direito à vida que se trava atualmente no STF diz respeito ao *aborto de anencéfalo* (ADPF-54-DF, Rel. Min. Marco Aurélio).

62 Sérgio Pinto Martins, em seu livro *Direitos fundamentais trabalhistas* elenca como direitos básicos do trabalhador: liberdade de trabalho, não discriminação, proteção aos deficientes, crianças e à vida privada, salário-mínimo, saúde, estabilidade e liberdade sindical, São Paulo: Editora Atlas, 2008.

63 Raciocínio simples, como o expresso por Javier Hervada: "El género humano está dividido en varones y mujeres. Varón y mujer se distinguen por un conjunto de características típicas corporales y anímicas, que recibe el nombre de sexo. Al conjunto de características propias del varón lo llamamos virilidad y al conjunto de características peculiares de la mujer lo denominamos feminilidad. Ambas estructuras son dinámicas y complementarias entre sí. Son dinámicas porque tienden y se ordenan (finalidad) a subvenir unas necessidades de la persona y de la especie, que pueden resumirse en la generación de los hijos y la mutua ayuda entre varón y mujer. Son complementarias porque sus finalidades se cumplen y se obtienen por el aporte complementario de la virilidad y de la feminilidad" (*Cuatro lecciones de derecho natural*. 4. ed. Pamplona, Eunsa, 1998, p. 130) .

64 Cfr. KAWA, E. Edith Stein. 1. ed. São Paulo: Quadrante, 1999. p. 58-63.

65 Cfr. Anatrella, T. *Perspectivas sobre o homossexualismo*. São Paulo: Quadrante, 2011. p. 65.

66 HERVADA, Javier. *Cuatro lecciones de derecho natural*. 4. ed. Pamplona: Eunsa, 1998, p. 154-155.

67 *Esparta*, que não se destaca nem pela filosofia, nem pela arte, se notabilizará pela *educação* e *militarismo* (disciplina imposta pelo Estado). Tirteu (séc. VII a.C.) cantará as *virtudes heroicas* a serem vividas pelos espartanos (*'Elegias'* e *'Eunomia'*), cujo *ideal* é a *defesa da polis*, imortalizando-se pela memória de seus nomes ao darem a vida pela pátria (não acreditavam na imortalidade da alma, mas na perenidade da comunidade). Licurgo (séc. IV a.C.) colocará por escrito a tradição normativa espartana (*'nomos'*), dando, no entanto, mais importância à força da educação e da consciência dos cidadãos do que às prescrições escritas (*coletivismo* superando a tendência individualista: estruturação da *vida individual baseada em princípios e sistematizada de acordo com normas absolutas*, aglutinando os cidadãos em defesa abnegada da pátria, frente a uma população vencida adversa e numericamente superior – os messênios). Xenofonte (séc. IV a.C.) exalta a Pérsia ao nível de Esparta, por serem os únicos Estados a cuidar da *educação da juventude* (Estados em que o *serviço militar* é a *escola da disciplina* e das virtudes). Na *'Constituição dos Lacedemônios'* fala da formação dos espartanos para serem os melhores guerreiros do mundo, incluindo, para isso, não só a formação técnica, mas também a política e a moral (reconhece que essa política é diferente de toda a

Grécia e tem o seu custo). Sua principal contribuição para a cultura foi cuidar da *educação como função pública*, ainda que discutíveis possam ser seus métodos: eugenia, educação pelo Estado e não pelos pais, rudeza no vestir e comer, formação militar contínua. É interessante notar que, nas *'Memoráveis',* Xenofonte aponta como a raiz dos males da democracia ateniense o fato de os *cidadãos se preocuparem mais com seus direitos do que com seus deveres* (cfr. JAEGER, Werner. *Paideia* – o ideal de formação do homem grego. São Paulo: Martins Fontes).

68 CHAPLET, Pierre. *La famille en Russie soviétique*. Paris, 1929. p. 265, citado por LECLERCQ, Jacques. *A família.* São Paulo: Quadrante. p. 340.

69 Para combater o engajamento ideológico da educação estatal há no Brasil o movimento *"Escola sem Partido",* que tem denunciado os abusos nesse campo.

70 "Assim como é injusto subtrair aos indivíduos o que eles podem efetuar com própria iniciativa e indústria, para confiar à coletividade, do mesmo modo passar para uma sociedade maior e mais elevada o que sociedades menores e inferiores podiam conseguir é uma injustiça, um grave dano e perturbação da ordem social. O fim natural da sociedade e da sua ação é coadjuvar os seus membros e não destruí-los nem absorvê-los" (Pio XI, Encíclica *Quadragesimo Anno*, n. 79).

71 Cfr. Baldiseri, LORENZO, op. cit., p. 142-152.

72 Cfr. Inteiro teor da decisão em <www.echr.coe.int/echr/resources/hudoc/lautsi_and_others_v__italy.pdf>.

73 Impactante é o artigo "Panfleto Anticlerical", do ex-Ministro do STF Eros Roberto Grau, contra a ação direta de inconstitucionalidade intentada pela PGR, taxando-a de "imperdoável" (cfr. *O Estado de S. Paulo*, 01/03/2011).

74 Cfr. BONTEMPO, Alessandra Gotti. *O direito à saúde*: perspectivas e possibilidades para uma proteção judicial mais exitosa. In: *O STF e o direito internacional dos direitos humanos* org. Alberto do Amaral Jr. e Liliana Lyra Jubilut. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 487-512.

75 Antonio Jorge Pereira Jr. desenvolve bem a questão dos "Limites constitucionais à liberdade de expressão e os deveres da televisão em face do telespectador infanto-juvenil." In: *Constituição Federal – avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro.* Org. Ives Gandra Martins e Francisco Rezek. São Paulo: CEU-RT, 2008. p. 790-809.

76 Maria Aparecida Gugel desenvolve amplamente o tema da proteção aos deficientes em sua monografia *Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público*. Goiânia: Editora da UCG, 2006.

77 Cfr. SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

78 Christine O. P. Silva chega a afirmar, no final da obra citada: "Defendo também a ideia de que a própria jurisdição constitucional deva ser informada pelos atores organizados da sociedade civil, bem como pelos intérpretes oficiais dos demais Poderes (Executivo e Legislativo), a fim de que possa chegar a uma interpretação democraticamente fundamentada" (*Hermenêutica*, cit. p. 300). Pensamos que, em matéria de direitos fundamentais, *a interpretação não pode ser "democraticamente fundamentada"*, pois nem a lei, nem decisão judicial, nem tampouco a vontade da maioria tem o poder de alterar a natureza das coisas, tornando branco ou preto o que naturalmente tem cor diversa. Paradigmático, nesse sentido, é o diálogo recolhido no filme *O homem que não vendeu sua alma* (Oscars de melhor filme, melhor ator e melhor roteiro adaptado, escrito por Robert Bolt, de 1966). Thomas More está sendo julgado por alta traição, ao não assinar o "Sucession Act", que reconhecia a nulidade do casamento de Henrique VIII com Catarina de Aragão, além do novo casamento do rei com Ana Bolena e a supremacia do rei sobre

a Igreja da Inglaterra. Os juízes tentam convencê-lo a que reconsidere sua posição e assine:

“Norfolk – *Não sou erudito, tal como o Dr. Cromwell não se cansa de sublinhar, e, francamente, não sei se o casamento foi ou não legal. Mas, diabos me levem, Thomas... olhai para estes nomes... Conheceis estes homens! Não podeis fazer o que eu fiz e, por amizade, seguir-nos?”.*

“More – *E quando comparecermos perante Deus e vos enviarem para o paraíso, porque reagistes de acordo com a vossa consciência, e a mim me condenarem, porque não reagi de acordo com a minha, seguir-me-eis por amizade?”.*

“Cranmer – *Então aqueles cujos nomes aí figuram estão condenados, Sir Thomas?”.*

“More – *Não sei, Excelência Reverendíssima. Não tenho janela por onde espreite para a consciência de cada um. Não condeno ninguém”.*

“Cranmer – *Este assunto é, portanto, passível de dúvida?”.*

“More – *Certamente”.*

“Cranmer – *Mas de que deveis obediência ao vosso Rei é que não há dúvida. Portanto, contrabalançai uma dúvida com uma certeza e assinai!”.*

“More – *Há quem pense que a Terra é redonda; outros dizem-na plana. É matéria passível de dúvida. Mas se for plana, poderão as ordens Del-Rei torná-la redonda? E, se é redonda, poderão as ordens Del-Rei torná-la plana? Não, não assinarei”* (BOLT, Robert. *Um homem para a eternidade.* Porto: Livraria Civilização, 1967. p. 152-153) .

79 Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998. p. 85-92.

80 FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito.* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 145.

81 MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *A legitimidade do direito positivo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. p. 283.

O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade

Gilmar Ferreira Mendes[1]

SUMÁRIO

I. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. **1.** Introdução. **2.** A competência do Supremo Tribunal Federal e o controle da constitucionalidade na Constituição de 1988. **2.1.** As ações de sistema de controle concentrado de constitucionalidade. **2.1.1.** Ação direta de inconstitucionalidade. **2.1.2.** Ação declaratória de constitucionalidade. **2.1.3.** Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. **2.1.4.** Arguição de descumprimento de preceito fundamental. **3.** Supremo Tribunal Federal e a modernização da prestação jurisdicional. **3.1** Considerações preliminares acerca do recurso extraordinário. **3.2.** O recurso extraordinário contra decisão de juizados especiais federais. **3.3.** O processo de objetivação do recurso extraordinário. **3.4.** Repercussão geral e controle incidental de constitucionalidade no Supremo Tribunal. **3.5.** O Supremo Tribunal Federal e as súmulas vinculantes. **3.5.1.** Considerações gerais. **3.5.2.** Requisitos formais da súmula vinculante, revisão e cancelamento. **3.5.3.** Obrigatoriedade e limites objetivos e subjetivos da súmula vinculante. **3.5.4.** Súmula vinculante e reclamação constitucional. **II.** Constitucionalidade e inconstitucionalidade, defesa da Constituição, tipos de inconstitucionalidade. **1.** Considerações preliminares. **2.** Constitucionalidade e inconstitucionalidade. **3.** Defesa e proteção da Constituição. **3.1.** Considerações preliminares. **3.2.** Notas sobre os modelos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. **3.3.** Os diferentes tipos de inconstitucionalidade. **3.3.1.** Considerações preliminares. **3.3.2.** Inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material. **3.3.2.1.** Inconstitucionalidade formal. **3.3.2.2.** Inconstitucionalidade material. **3.3.3.** Inconstitucionalidade originária e superveniente. **3.3.3.1.** Considerações preliminares. **3.3.3.2.** Vício formal: inconstitucionalidade originária. **3.3.3.3.** Configuração da inconstitucionalidade e mudança nas relações fáticas ou jurídicas. **3.3.4.** Inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão. **3.3.5.** Inconstitucionalidade de normas constitucionais. **3.3.5.1.** O controle de constitucionalidade da reforma constitucional e as "cláusulas pétreas". **3.3.5.2.** Limites imanentes ao poder constituinte. **III.** Técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. **1.** Introdução. **2.** A declaração de nulidade da lei. **2.1.** Considerações preliminares. **2.2.** Declaração de nulidade total. **2.3.** Declaração de nulidade parcial. **2.4.** Declaração de nulidade parcial sem redução de texto. **3.** A interpretação conforme à Constituição. **3.1.** Introdução. **3.2.** Qualificação da interpretação conforme à Constituição. **3.3.** Admissibilidade e limites da interpretação conforme à Constituição. **4.** Decisões manipulativas de efeitos aditivos. **5.** A declaração de constitucionalidade das leis e a "lei ainda constitucional". **6.** A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo. **6.1.** Introdução. **6.2.** As decisões proferidas no mandado de injunção e na ação direta de inconstitucionalidade por omissão. **6.3.** Reflexões conceptuais. **6.3.1.** Considerações preliminares. **6.4.** Aplicação da lei inconstitucional. **6.5.**

A declaração de inconstitucionalidade de caráter limitativo ou restritivo. **6.5.1.** Considerações preliminares. **6.5.2.** A declaração de inconstitucionalidade restritiva, sua repercussão sobre as decisões proferidas nos casos concretos e admissão da limitação de efeitos no sistema difuso.

I. O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade

1. Introdução

O princípio da proteção judicial efetiva configura pedra angular do sistema de proteção de direitos. A Constituição de 1988 concebeu novas garantias judiciais de proteção da ordem constitucional objetiva e do sistema de direitos subjetivos, tornando o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade um dos mais intrincados do mundo.

A complexidade do sistema de controle de constitucionalidade instituído em 1988, prolífico em vias processuais, não deixa de trazer consigo dificuldades várias. Dessa forma, muitos têm sido os esforços, doutrinários e jurisprudenciais, com vistas a solucionar o difícil problema da convivência entre os dois modelos de controle de constitucionalidade existentes no direito brasileiro, também no que diz respeito às técnicas de decisão.

2. A competência do Supremo Tribunal Federal e o controle de constitucionalidade na Constituição de 1988

A discussão na Constituinte sobre a instituição de uma Corte Constitucional, que deveria ocupar-se, fundamentalmente, do controle de constitucionalidade[2], acabou por permitir que o Supremo Tribunal Federal não só mantivesse a sua competência tradicional, com algumas restrições, como adquirisse novas e significativas atribuições. A Constituição de 1988 ampliou significativamente a competência originária do Supremo Tribunal Federal, especialmente no que concerne ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e ao controle da omissão inconstitucional.

No exercício do controle de constitucionalidade, compete ao Supremo

Tribunal Federal julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental;

b) a representação para fins de intervenção nos Estados, nos casos de afronta aos princípios elencados no art. 34, VII, que consubstanciam os chamados princípios sensíveis e a representação para assegurar execução de lei federal – CF, arts. 34, VI, e 36, III;

c) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros[3] do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática em caráter permanente;

d) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância[4];

e) o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal, e o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

f) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

g) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros[5], inclusive as respectivas entidades da Administração indireta[6];

h) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;

i) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

j) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem esteja impedida ou seja direta ou indiretamente interessada;

k) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre tribunais superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

l) as ações contra o CNJ e contra o CNMP[7].

Ao Supremo Tribunal Federal o texto constitucional vigente também outorgou competência para apreciar recursos ordinários e extraordinários. O recurso ordinário é cabível:

a) em *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* e mandado de injunção decididos em única instância pelos tribunais superiores, se denegatórias as decisões;

b) nos crimes políticos julgados pela Justiça Federal de primeiro grau[8].

Caberá ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida (CF, art. 102, III, alíneas *a*-*d*):

a) contrariar dispositivo da Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição;

d) julgar válida lei local contestada em face da lei federal. Essa última previsão – alínea *d* – decorre da EC n. 45/2004.

De inegável peso político e grande significado jurídico é a competência do Supremo Tribunal para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Tais processos – juntamente com o recurso extraordinário – formam hoje o núcleo do sistema de controle de constitucionalidade e legitimidade de leis ou atos

normativos, bem como das omissões inconstitucionais.

Relevante afigura-se a competência reconhecida ao Supremo Tribunal para processar e julgar o mandado de segurança contra atos do Presidente da República, das Mesas do Congresso Nacional, do Conselho Nacional de Justiça e do Tribunal de Contas da União. Importantes questões têm sido discutidas nesse âmbito[9].

Da mesma forma, afigura-se digna de realce a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar os *habeas corpus* impetrados contra atos de tribunal superior ou contra autoridades e funcionários cujos atos estejam diretamente sujeitos à jurisdição do STF, e especialmente o recurso ordinário em *habeas corpus* — que pode ser transformado em *habeas corpus* originário — contra decisões do STJ.

No que se refere à competência do STF — aqui, é quase inesgotável a pletora de exemplos —, adotou-se a interpretação extensiva ou compreensiva do texto constitucional, nas seguintes hipóteses:

a) Mandado de segurança contra ato de Comissão Parlamentar de Inquérito[10].

b) *Habeas corpus* contra a Interpol, em face do recebimento de mandado de prisão expedido por magistrado estrangeiro, tendo em vista a competência do STF para processar e julgar, originariamente, a extradição solicitada por Estado estrangeiro (CF, art. 102, I, *g*)[11].

c) Mandado de segurança contra atos que tenham relação com o pedido de extradição (CF, art. 102, I, *g*)[12].

d) A competência do STF para julgar mandado de segurança contra atos da Mesa da Câmara dos Deputados (art. 102, I, *d*, 2ª parte) alcança os atos individuais praticados por parlamentar que profere decisão em nome desta[13].

e) *Habeas corpus* contra qualquer decisão do STJ, desde que configurado o constrangimento ilegal[14].

Vê-se, portanto, que, mesmo numa Constituição tão analítica como a brasileira, não há como não adotar a *interpretação compreensiva* do texto constitucional. O sistema constitucional não repudia a ideia de competências implícitas complementares, desde que necessárias para colmatar lacunas constitucionais evidentes. Parece que o argumento da

competência estrita do STF não encontra respaldo na práxis jurisprudencial. Afigura-se, pois, incorreta e contrária à jurisprudência pacífica a afirmação, corrente em inúmeros manuais, segundo a qual a competência da Corte há de ser interpretada de forma restritiva.

2.1. As ações de sistema de controle concentrado de constitucionalidade

O modelo de controle abstrato adotado pelo sistema brasileiro concentra no Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar as ações autônomas (ADI, ADC, ADO, ADPF) nas quais se apresenta a controvérsia constitucional.

Este modelo de controle de constitucionalidade passou a integrar o sistema brasileiro com a edição da Emenda Constitucional n. 16/1965, com a adoção da *representação de inconstitucionalidade*. No âmbito da unidade federada, a Constituição de 1967/69, além de propor a representação interventiva em face do direito estadual (art. 11, § 1º, *c*), estabeleceu a representação de lei municipal, pelo chefe do Ministério Público local, tendo em vista a intervenção estadual (art. 15, § 3º, *d*). Finalmente, a Emenda n. 7, de 1977, outorgou ao Supremo Tribunal Federal a competência para apreciar representação do Procurador-Geral da República para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Até meados da década de oitenta, conviviam no sistema de controle de constitucionalidade elementos do sistema difuso e do sistema concentrado de controle de constitucionalidade, ensejando-se *modelo híbrido* ou *misto* de controle. Não obstante, o modelo concreto continuou predominante da sistemática brasileira, até a promulgação da Constituição de 1988.

A Constituição de 1988 conferiu ênfase não mais ao sistema *concreto*, mas ao modelo *abstrato*, uma vez que praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, constituem elemento explicativo de tal tendência.

A Constituição Federal de 1988 prevê (art. 103), como ações típicas do

controle abstrato de constitucionalidade, a *ação direta de inconstitucionalidade* (ADI), a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* (ADO), a *ação declaratória de constitucionalidade* (ADC) e a *arguição de descumprimento de preceito fundamental* (ADPF). De acordo com a Constituição, possuem legitimidade para a propositura destas ações o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o partido político com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

2.1.1. Ação direta de inconstitucionalidade

A ação direta de inconstitucionalidade – ADI é o instrumento destinado à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

O parâmetro de controle da ADI é, exclusivamente, a Constituição vigente.

A legislação que regulamenta o instituto da ação direta de inconstitucionalidade (Lei n. 9.868/99) prevê a possibilidade de o relator admitir a participação de *amicus curiae* no processo, bem como de realizar audiências públicas para que se ouçam setores da sociedade, principalmente o especializado no assunto em discussão.

As decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade possuem eficácia *ex tunc*, *erga omnes* e *efeito vinculante* para todo o Poder Judiciário e para todos os órgãos da Administração Pública, direta e indireta. Ressalte-se que o efeito vinculante não abrange o Poder Legislativo.

O fato de a decisão possuir efeito vinculante permite que, quando desrespeitada por algum órgão do Judiciário ou do Executivo, seja ajuizada Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal para fazer valer a autoridade de sua decisão.

A Lei n. 9.868/99 também prevê a possibilidade do Plenário do Tribunal *modular os efeitos das decisões* no âmbito do controle abstrato de normas (art. 27).

A utilização dessa técnica de modulação de efeitos permite ao STF declarar a inconstitucionalidade da norma: a) a partir do trânsito em julgado

da decisão (declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*); b) a partir de algum momento posterior ao trânsito em julgado, a ser fixado pelo Tribunal (declaração de inconstitucionalidade com eficácia *pro futuro*); c) sem a pronúncia da nulidade da norma; e d) com efeitos retroativos, mas preservando determinadas situações.

O Supremo Tribunal Federal tem evoluído na adoção de novas técnicas de decisão no controle abstrato de constitucionalidade. Além das muito conhecidas técnicas de interpretação conforme à Constituição, declaração de nulidade parcial sem redução de texto, ou da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, aferição da "lei ainda constitucional" e do apelo ao legislador, são também muito utilizadas as técnicas de limitação ou restrição de efeitos da decisão, o que possibilita a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro* a partir da decisão ou de outro momento que venha a ser determinado pelo tribunal (*vide* ADI 2.240, ADI 3.682, ADI 1.351).

Nesse contexto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem evoluído significativamente nos últimos anos, sobretudo a partir do advento da Lei n. 9.868/99, cujo art. 27 abre ao Tribunal uma nova via para a mitigação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade. A prática tem demonstrado que essas novas técnicas de decisão têm guarida também no âmbito do controle difuso de constitucionalidade (*vide* RE 197.917).

2.1.2. Ação declaratória de constitucionalidade

A ação declaratória de constitucionalidade – ADC é o instrumento destinado à declaração da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Tem-se considerado, por isso, a ADC como uma ADI de sinal trocado, ressaltando-se o caráter dúplice ou ambivalente dessas ações.

Além da legitimidade ativa em abstrato, acima apresentada, cogita-se, no caso da ADC, de uma legitimidade para agir *in concreto*, que se relaciona com a existência de um estado de incerteza gerado por dúvidas ou controvérsias sobre a legitimidade da lei. Há de se configurar, portanto, situação hábil a afetar a presunção de constitucionalidade da lei. Assim, não se afigura admissível a propositura de ação declaratória de constitucionalidade se não houver *controvérsia* ou *dúvida* relevante quanto à legitimidade da norma.

Assim como na ADI, o parâmetro de controle da ADC é, exclusivamente,

a Constituição vigente.

A ADC também está regulamentada pela Lei n. 9.868/99.

Da mesma maneira que na ADI, há a possibilidade de o relator admitir a participação de *amici curiae* no processo, bem como de realizar audiências públicas para que se ouça a sociedade, principalmente o setor especializado no assunto em discussão.

A Lei n. 9.868/99 torna possível ao Supremo Tribunal, por meio de medida cautelar, determinar a juízes e Tribunais a suspensão do julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ADC até seu julgamento definitivo (art. 21).

As decisões proferidas em ação declaratória de constitucionalidade também possuem eficácia *ex tunc*, *erga omnes* e efeito vinculante para todo o Poder Judiciário e para todos os órgãos da Administração Pública, direta e indireta.

Também na ADC existe igual possibilidade de que, nos casos em que a decisão com efeitos *ex tunc* importe em violação severa da segurança jurídica ou de outro valor de excepcional interesse social, o Plenário do Tribunal module os efeitos das decisões.

2.1.3. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

A Constituição de 1988 atribuiu particular significado ao controle de constitucionalidade da chamada *omissão do legislador*. Por esse motivo, o constituinte introduziu, no art. 103, § 2º, um sistema de *controle abstrato da omissão*, consistente na ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão – ADO é o instrumento destinado à aferição da inconstitucionalidade da omissão dos órgãos competentes na concretização de determinada norma constitucional, sejam eles órgãos federais ou estaduais, seja a sua atividade legislativa ou administrativa, desde que se possa, de alguma maneira, afetar a efetividade da Constituição.

Nesse sentido, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão pode ter como objeto tanto a omissão total, absoluta, do legislador quanto a omissão parcial, ou o cumprimento incompleto ou defeituoso de dever constitucional de legislar. Na omissão total, hipótese que se revela cada vez mais rara, tendo em vista o implemento gradual da ordem constitucional instituída em 1988, tem-se a inércia do legislador que pode impedir totalmente a

implementação da norma constitucional. A omissão parcial envolve, por sua vez, a execução parcial ou incompleta de um dever constitucional de legislar, que se manifesta seja em razão do atendimento incompleto do estabelecido na norma constitucional, seja em razão do processo de mudança nas circunstâncias fático-jurídicas que venha a afetar a legitimidade da norma (inconstitucionalidade superveniente), seja, ainda, em razão de concessão de benefício de forma incompatível com o princípio da igualdade (exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade).

O parâmetro de controle da ADO é o mesmo da ADI e da ADC, ou seja, a Constituição vigente.

A ADO não possui regulamentação específica. A ela são aplicáveis as regras válidas para a ADI, constantes da Lei n. 9.868/99.

Assim, da mesma forma, admite-se a possibilidade da participação de *amici curiae* e da realização de audiências públicas.

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento de que a decisão que declara a inconstitucionalidade por omissão autorizaria o Tribunal apenas a cientificar o órgão inadimplente para que este adotasse as providências necessárias à superação do estado de omissão inconstitucional.

Assim, reconhecida a procedência da ação, deve o órgão legislativo competente ser informado da decisão, para as providências cabíveis. Se se tratar de órgão administrativo, está ele obrigado a colmatar a lacuna dentro do prazo de 30 (trinta) dias.

Entretanto, em recentes decisões (*vide* MI 708), o Plenário do Tribunal passou a adotar o entendimento de que, diante da prolongada duração do estado de omissão, é possível que a decisão proferida pelo STF adote providências aptas a regular a matéria objeto da omissão por prazo determinado ou até que o legislador edite norma apta a preencher a lacuna. Ressalte-se que, nesses casos, o Tribunal, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, passou a aceitar a possibilidade de uma *regulação provisória do tema pelo próprio Judiciário*. O Tribunal adotou, portanto, uma moderada *sentença de perfil aditivo*, introduzindo modificação substancial na técnica de decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O Tribunal também passou a considerar a possibilidade de, em alguns casos específicos, indicar um prazo razoável para a atuação legislativa,

ressaltando as consequências desastrosas para a ordem jurídica da inatividade do Legislador no caso concreto (*vide* ADI 3.682).

2.1.4. Arguição de descumprimento de preceito fundamental

As mudanças ocorridas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro a partir de 1988 alteraram radicalmente a relação que havia entre os controles *concentrado* e *difuso*. A ampliação do direito de propositura da ação direta e a criação da ação declaratória de constitucionalidade vieram reforçar o controle concentrado em detrimento do difuso. Não obstante, subsistiu um espaço residual expressivo para o controle difuso relativo às matérias não suscetíveis de exame no controle concentrado, tais como interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais, direito pré-constitucional, controvérsia constitucional sobre normas revogadas, controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição.

Em resposta a esse quadro de incompletude, editou-se a Lei n. 9.882/1999, que regulamenta a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF, prevista no art. 102, § 1º, da Constituição.

Como típico instrumento do modelo concentrado de controle de constitucionalidade, a ADPF tanto pode dar ensejo à impugnação ou questionamento direto de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal como pode acarretar uma provocação a partir de situações concretas, que levem à impugnação de lei ou ato normativo.

No primeiro caso, tem-se um tipo de controle de normas em *caráter principal*, o qual opera de forma direta e imediata em relação à lei ou ao ato normativo.

No segundo, questiona-se a legitimidade da lei tendo em vista a sua aplicação em uma dada situação concreta (*caráter incidental*).

Assim como no caso da ADC, é pressuposto para o ajuizamento da ADPF a existência de controvérsia judicial ou jurídica relativa à constitucionalidade da lei ou à legitimidade do ato questionado. Portanto, também na arguição de descumprimento de preceito fundamental há de se cogitar de uma legitimação para agir *in concreto*, que se relaciona com a existência de um estado de incerteza, gerado por dúvidas ou controvérsias sobre a legitimidade da lei. É necessário que se configure, portanto, situação hábil a afetar a presunção de constitucionalidade ou de

legitimidade do ato questionado.

Ademais, a Lei n. 9.882/99 impõe que a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será admitida se não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade (art. 4º, § 1º). O juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional.

Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou a ação declaratória de constitucionalidade, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade — isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata —, há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

É o que ocorre, fundamentalmente, nas hipóteses relativas ao controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal e nas controvérsias sobre direito pós-constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram. Nesses casos, em face do não cabimento da ação direta de inconstitucionalidade, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade da arguição de descumprimento.

Nos termos da Lei n. 9.882/99, cabe a arguição de descumprimento de preceito fundamental para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (art. 1º, *caput*).

O parágrafo único do art. 1º explicita que caberá também a arguição de descumprimento quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constituição (leis pré-constitucionais).

É muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e julgamento da arguição de descumprimento.

Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional.

Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confiram densidade normativa ou significado específico a

esse princípio.

Assim como nos demais instrumentos do controle abstrato, o relator da ADPF poderá admitir a participação de *amici curiae* e poderá convocar audiências públicas para ouvir a sociedade acerca do tema discutido. Ressalte-se que uma das audiências públicas mais importantes realizadas pelo Supremo Tribunal Federal ocorreu na ADPF n. 54, na qual se discute a questão do aborto de fetos anencéfalos.

Ademais, é facultada ao relator a possibilidade de ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição (art. 6º, § 1º). Outorga-se, assim, às partes nos processos subjetivos um *limitado* direito de participação no processo objetivo submetido à apreciação do STF. É que, talvez em decorrência do universo demasiado amplo dos possíveis interessados, tenha pretendido o legislador ordinário outorgar ao relator alguma forma de controle quanto ao direito de participação dos milhares de interessados no processo.

Aplicam-se à ADPF as técnicas de decisão e de modulação de seus efeitos que foram acima apresentadas.

Julgada a ação, deverá ser feita comunicação às autoridades responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se, se for o caso, as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

O Presidente do Tribunal deve determinar o imediato cumprimento da decisão, publicando-se, dentro de dez dias a contar do trânsito em julgado, sua parte dispositiva em seção especial do *Diário de Justiça* e do *Diário Oficial da União* (art. 10, §§ 1º e 2º).

Após o julgamento da ADPF 33, na qual o Tribunal fixou os contornos dessa nova ação constitucional, a ADPF tem evoluído vertiginosamente na jurisprudência do STF. Recentemente, o Tribunal discutiu temas importantes, como a constitucionalidade da Lei de Imprensa (ADPF n. 130) e a questão da possibilidade de se proibir a participação de candidatos em eleições com base em dados que desabonem sua vida pregressa (ADPF n. 144).

Deve-se referir, ademais, o processo de expansão objetiva pelo qual tem passado a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A esse respeito, torna-se necessário aludir à admissibilidade de arguições que tenham como objeto o veto de chefe do Poder Executivo, a proposta de emenda à Constituição ou o tratado internacional antes da aprovação pelo

Congresso Nacional ou antes de sua integração à ordem jurídica interna.

Acerca da admissibilidade de arguições de descumprimento de preceito fundamental que tenham como objeto o veto do Presidente da República, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não está absolutamente pacificada.

O Tribunal, em questão de ordem suscitada pelo relator, Ministro Néri Silveira, durante o processamento da ADPF 1, enfrentou a questão de se se poderia considerar veto por parte do Poder Executivo Municipal, oposto a dispositivo constante de projeto de lei aprovado pela Câmara Municipal do Rio de Janeiro, relativo a IPTU, como "ato do poder público" a ensejar a interposição de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O Ministro Néri da Silveira, no que foi acompanhado à unanimidade[15], assentou a inadmissibilidade da ação por força da natureza do ato do poder público impugnado:

> "No processo legislativo, o ato de vetar, por motivo de inconstitucionalidade ou de contrariedade ao interesse público, e a deliberação legislativa de manter ou recusar o veto, qualquer seja o motivo desse juízo, compõem procedimentos que se hão de reservar à esfera de independência dos Poderes Políticos em apreço. [...] Impossibilidade de intervenção antecipada do Judiciário, eis que o projeto de lei, na parte vetada, não é lei, nem ato normativo, poder que a ordem jurídica, na espécie, não confere ao Supremo Tribunal Federal, em via de controle concentrado. Arguição de descumprimento de preceito fundamental não conhecida, porque não admissível, no caso concreto, em face da natureza do ato do Poder Público impugnado"[16].

Outro foi o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao conhecer da ADPF 45. A ação tinha por objeto veto, emanado do Presidente da República, incidente sobre o § 2º do art. 55 de proposta de lei que se converteu na Lei n. 10.707/2003, que tinha como finalidade fixar diretrizes para a elaboração da lei orçamentária anual de 2004.

O arguente sustentava que o veto presidencial afrontava preceito fundamental decorrente da EC n. 29/2000, publicada com vistas a garantir recursos financeiros mínimos a serem investidos em ações e serviços públicos de saúde.

A questão não chegou ao Plenário do Tribunal, pois, logo após o veto

parcial objeto daquela ADPF, o Presidente da República enviou ao Congresso Nacional projeto de lei, posteriormente transformado na Lei n. 10.777/2003, em que restaurou, integralmente, o aludido § 2º. A prejudicialidade superveniente não impediu, contudo, que o Relator enfrentasse a questão que aqui se estuda:

> "Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC n. 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República"[17].

A solução preconizada pelo Ministro Celso de Mello parece atender, com superioridade, à exigência de normatividade da Constituição, contudo, fácil é ver que, por sua relevância jurídica e institucional, a questão merece renovada reflexão por parte do Supremo Tribunal, momento em que se deverá levar em conta a hipótese de o veto do Chefe do Executivo, objeto de ADPF, aduzir a inconstitucionalidade do dispositivo vetado.

Ressalte-se, a esse respeito, que o veto de um projeto de lei sob o argumento da inconstitucionalidade outorga ao Executivo uma faculdade de enorme significado num sistema constitucional, que, como visto, privilegia o controle judicial de constitucionalidade das leis.

Não são raros os autores que identificam aqui configuração de um modelo preventivo de controle de constitucionalidade.

É verdade que esse poder há de ser exercido *cum grano salis*, não se confundindo com aqueloutro, que autoriza o Chefe do Executivo a negar a sanção a projetos de lei manifestamente contrários ao interesse público.

Evidentemente, a vinculação de todos os órgãos públicos à Constituição não permite que o Chefe do Poder Público se valha do veto com fundamento na inconstitucionalidade com a mesma liberdade com que poderá utilizar o veto com base no interesse público.

Dir-se-á, porém, que eventual utilização abusiva do veto com fundamento

na suposta inconstitucionalidade da proposição poderia ser sempre reparada, pois estaria sujeita à apreciação e, portanto, ao controle do organismo parlamentar competente.

Essa resposta é evidentemente insatisfatória, porque admite que um órgão público invoque eventual inconstitucionalidade sem que esteja exatamente convencido da sua procedência. Isto relativiza, de forma inaceitável, a vinculação dos Poderes Públicos à Constituição. Por outro lado, parece inequívoco que a apreciação do veto pela Casa Legislativa não se inspira exatamente em razões de legitimidade. A ausência de maioria qualificada fundada em razões meramente políticas implicará a manutenção do veto ainda que lastreado em uma razão de inconstitucionalidade absolutamente despropositada.

Daí ponderar-se a possibilidade de utilizar a ADPF como via apta a judicializar a questão constitucional, tendo em vista a aferição da legitimidade ou não do fundamento invocado.

Em um sistema de rígida vinculação à Constituição, parece plausível admitir, pelo menos, que a maioria que garantiu a aprovação da lei deveria ter a possibilidade de instaurar tal controvérsia.

Assim, esse controle político de legitimidade também estaria submetido ao controle judicial.

Outra questão que suscita alguma controvérsia é a possibilidade de se impugnar, via arguição de descumprimento de preceito fundamental, proposta de emenda à Constituição.

Em agravo regimental julgado em novembro de 2003, interposto contra decisão que negou seguimento à ADPF 43, o Supremo Tribunal assentou não ser cabível arguição de descumprimento de preceito fundamental contra proposta de emenda à Constituição[18]. Indaga-se, contudo, se será essa a melhor orientação.

Como é de todos sabido, o controle de constitucionalidade de projeto de emenda à Constituição pode ser realizado, hoje, por meio de mandado de segurança.

Ainda sob a Constituição de 1967/69, o Supremo Tribunal Federal, no MS 20.257[19], entendeu admissível a impetração de mandado de segurança contra ato da Mesa da Câmara ou do Senado Federal, asseverando-se que, quando “a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda (...), a inconstitucionalidade (...) já existe antes de o projeto

ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição”[20].

Esse entendimento vem sendo seguido pelo Tribunal em diversos precedentes[21], o que demonstra que se adota aqui controle preventivo de constitucionalidade.

É lícito indagar, não obstante, se a via estreita do mandado de segurança é a mais adequada para solver os questionamentos acerca da legitimidade constitucional de uma proposta de emenda à Constituição.

Duas razões, ligadas à legitimidade ativa e ao procedimento, podem ser aduzidas em apoio à tese que postula a admissibilidade de arguições de descumprimento de preceito fundamental que tenham como objeto uma proposta de emenda à Constituição.

Mediante utilização da via processual oferecida pela arguição de descumprimento de preceito fundamental, a proposta de emenda à Constituição sofrerá escrutínio judicial mais adequado à importância sistemática dessa espécie de ato normativo.

E isso porque a disciplina estabelecida pela Lei n. 9.882/99 autoriza a ampliação do debate constitucional através da possibilidade, inscrita em seu art. 6º, § 1º, de ouvir pessoas com experiência na matéria, seja através da via dos *amici curiae*, seja em audiência pública realizada para esse fim.

A isso se soma a ampla legitimidade ativa da arguição de descumprimento de preceito fundamental, que autorizaria não apenas o parlamento, por meio de seus integrantes, mas também os órgãos de representação da sociedade, tais como as associações, a participar do processo de controle de constitucionalidade das propostas de emenda à Constituição.

Aduza-se, por fim, a problemática do controle dos tratados internacionais.

No Brasil, o Congresso Nacional aprova o tratado mediante a edição de decreto legislativo (CF, art. 49, I), ato que dispensa sanção ou promulgação por parte do Presidente da República. O decreto legislativo contém a aprovação do Congresso Nacional ao tratado e simultaneamente a autorização para que o Presidente da República o ratifique em nome da República Federativa do Brasil[22]. Esse ato não contém, todavia, uma ordem de execução do tratado no território nacional, uma vez que somente ao Presidente da República cabe decidir sobre sua ratificação. Com a promulgação do tratado por meio do decreto do Chefe do Executivo, recebe

aquele ato a ordem de execução, passando, assim, a ser aplicado de forma geral e obrigatória[23].

Esse modelo permite a propositura da ação direta para aferição da constitucionalidade do decreto legislativo, possibilitando que a ratificação e, portanto, a recepção do tratado na ordem jurídica interna ainda seja obstada. É dispensável, pois, qualquer esforço com vistas a conferir caráter preventivo ao controle abstrato de normas na hipótese.

Em 1997, o Tribunal teve a oportunidade de apreciar, na ADIn 1.480, a constitucionalidade dos atos de incorporação, no direito brasileiro, da Convenção n. 158 da OIT. A orientação perfi-lhada pela Corte é a de que é na Constituição da República que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro, pois o primado da Constituição, em nosso sistema jurídico, é oponível ao princípio do pacta sunt servanda, inexistindo, portanto, em nosso direito positivo, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, "cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público"[24].

No âmbito do constitucionalismo alemão, pode-se afirmar que da expressão literal do texto constitucional resulta que o controle abstrato de normas não constitui mecanismo de controle preventivo[25]. O processo não poderia ser instaurado porque, em caso de processo legislativo inconcluso, faltaria uma norma de direito positivo[26].

A jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão abre uma exceção, todavia, para as leis que aprovam tratados internacionais, permitindo a aferição de constitucionalidade desses atos antes de sua promulgação e publicação[27]. Em favor dessa tese, enfatiza o Tribunal o perigo de que se desenvolvam obrigações internacionais que somente possam ser cumpridas em desobediência à Constituição[28]. O temor do *Bundesverfassungsgericht* parece, em certa medida, justificado, uma vez que, em caso específico, poderia não haver tempo suficiente para a instauração do processo do controle[29] até a ratificação do tratado.

É possível que ADPF possa cumprir função semelhante no sistema brasileiro, permitindo o controle do conteúdo do Tratado antes de sua integração definitiva ao ordenamento jurídico. Assim, desde a sua submissão ao Congresso Nacional, para aprovação, até a edição do ato do

Exe-cutivo relativo à promulgação poderiam os legitimados impugná-lo mediante Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

3. Supremo Tribunal Federal e a modernização da prestação jurisdicional

3.1. Considerações preliminares acerca do recurso extraordinário

O recurso extraordinário consiste no instrumento processual-constitucional destinado a assegurar a verificação de eventual afronta à Constituição em decorrência de decisão judicial proferida em última ou única instância (CF, art. 102, III, *a* a *d*).

Até a entrada em vigor da Constituição de 1988 era o recurso extraordinário — também quanto ao critério de quantidade — o mais importante processo da competência do Supremo Tribunal Federal[30]. Sob a Constituição anterior, o recurso extraordinário destinava-se não só a proteger a ordem constitucional, mas também a ordem do direito federal, de modo que a impugnação poderia alegar afronta direta tanto à Constituição como ao direito federal.

Esse remédio excepcional, desenvolvido segundo o modelo do *writ of error* americano[31] e introduzido na ordem constitucional brasileira por meio da Constituição de 1891, nos termos de seu art. 59, § 1º, *a*, pode ser interposto pela parte vencida[32], no caso de ofensa direta à Constituição, declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou declaração de constitucionalidade de lei estadual expressamente impugnada em face da Constituição Federal (art. 102, III, *a*, *b* e *c*). A EC n. 45/2004 passou a admitir o recurso extraordinário quando a decisão recorrida julgar válida lei ou ato de governo local em face da Constituição (art. 102, III, *d*).

O recurso extraordinário possui pressupostos muito específicos para sua admissibilidade.

Cabe ao STF apreciar os recursos extraordinários, cujas questões debatidas já tenham sido apreciadas pela Corte *a qua*, ou seja, que a matéria já esteja devidamente prequestionada no Tribunal de origem. Acrescente-se que, por ser um recurso que vise à segurança sistêmica e não à revisão da

causa, em concreto, o recurso extraordinário não pode reexaminar a prova dos autos, para lhe dar nova conformação[33].

Finalmente, além de estar enquadrado em uma das hipóteses taxativamente previstas no inciso III do art. 102 da Constituição Federal, o recurso extraordinário deve impugnar tão somente decisões de única ou última instância, das quais não caiba mais nenhum recurso ordinário.

Impõe-se observar que, sob a Constituição de 1988, agravou-se a crise numérica que, já sob o modelo anterior, incidia sobre o recurso extraordinário. Embora se afigure correta a tese segundo a qual o sistema direto passa a ter precedência ou primazia, é verdade também que é exatamente após 1988 que se acentua o problema quantitativo do Supremo Tribunal Federal. Essa crise manifesta-se de forma radical no *sistema difuso*, com o aumento vertiginoso de recursos extraordinários (e agravos de instrumento interpostos contra decisões indeferitórias desses recursos).

Não se trata de uma questão nova, como observado por Moreira Alves:

> "No passado, quando se falava em crise do Supremo Tribunal Federal – e que, na verdade, era mais propriamente a crise do Recurso Extraordinário – em face da multiplicidade de causas que iam chegando anualmente numa progressão que de aritmética já se estava tornando quase uma progressão geométrica, ele, pouco a pouco, tomou certas iniciativas para tentar conter a marcha evolutiva desses números para que pudesse atuar realmente como Corte Suprema, como grande Corte da Federação. Por isso, se nós volvermos as vistas para o passado, veremos que houve uma série de providências, ora de natureza legislativa, ora de construção jurisprudencial, ora de emendas constitucionais e, até mesmo, de atuação do Poder Constituinte originário, para tentar fazer com que a Corte pudesse manter-se no seu papel de grandeza de Corte da Federação e, consequentemente, não sucumbir diante da avalanche de recursos e de processos, muitos dos quais diziam respeito a questões de pouco valor em face dos magnos problemas constitucionais da federação"[34].

A tabela a seguir demonstra a evolução da "crise numérica".

Supremo Tribunal Federal
Movimento processual de 1982 a 2011

Ano	Número de processos protocolados	Número de processos julgados	Ano	Número de processos protocolados	Número de processos julgados
1982	13.648	15.117	**1997**	36.490	39.944
1983	14.668	15.260	**1998**	52.636	51.307
1984	16.386	17.780	**1999**	68.369	56.307
1985	18.206	17.798	**2000**	105.307	86.138
1986	22.514	22.158	**2001**	110.771	109.692
1987	20.430	20.122	**2002**	160.453	83.097
1988	21.328	16.313	**2003***	87.186	107.867
1989	14.721	17.432	**2004**	83.667	101.690
1990	18.564	16.449	**2005**	95.212	103.700
1991	18.438	14.366	**2006**	127.535	110.284
1992	27.447	18.236	**2007**	119.324	159.522
1993	24.377	21.737	**2008**	100.781	130.747
1994	24.295	28.221	**2009**	84.369	121.316
1995	27.743	34.125	**2010**	71.610	103.869
1996	28.134	30.829	**2011****	20.472	28.876

Fonte: Relatórios Anuais, Secretaria de Informática e Secretaria de Gestão Estratégica do Supremo Tribunal Federal.
* O decréscimo verificado em 2003 decorre, certamente, das medidas tomadas no âmbito da Administração Federal e do encerramento das questões ligadas ao ciclo inflacionário.
** Dados até 30 de abril de 2011.

Historiando o problema que marca a *crise do extraordinário,* Moreira Alves lembrou as providências que foram tomadas. Exigiu-se primeiro que fossem fundamentadas as decisões que admitissem (ou não) a subida do extraordinário[35]. Em seguida, concebeu-se o uso da súmula. Porém "(...) essas experiências não foram bastantes e por isso foi necessário que o próprio STF criasse em seu regimento – que tinha força de lei – o instrumento que ficou conhecido na nossa história jurídica como Arguição de Relevância de Questão Federal"[36].

A explicação para a explosão numérica verificada sob a Constituição de 1988 não é única. É verdade que a massificação das demandas nas relações homogêneas é um fator decisivo para essa crise. As discussões que se encetaram em determinado período sobre planos econômicos, sistema financeiro de habitação, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, índices de reajuste do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, podem explicar com certa plausibilidade a multiplicação de demandas, especialmente em um modelo que trata cada controvérsia judicial instaurada como um processo singular. A falta de um mecanismo com caráter minimamente objetivo para solver essas causas de massa permite que uma avalanche de processos sobre um só tema chegue até ao STF pela via do recurso extraordinário. As defesas por parte do Tribunal para essas causas pareciam ainda tímidas.

A Lei n. 8.038, de 1990, previu a possibilidade de o relator deixar de admitir o recurso se a matéria já estivesse pacificada pelo Tribunal. Posteriormente, a Lei n. 9.756, de 1998, acolheu modificação para deferir ao relator, no caso de matéria pacificada, o poder de prover ou desprover o recurso extraordinário por decisão monocrática, cabendo, nessa hipótese, a interposição de agravo, no prazo de cinco dias, para o órgão recursal competente. Certamente, esta última modificação foi decisiva para a superação da crise numérica que assoberba as Cortes judiciais, porque ela permite que o Tribunal, por seus vários órgãos, responda à excepcional demanda de serviços.

3.2. O recurso extraordinário contra decisão de juizados especiais federais

A Lei n. 10.259, de 12-7-2001, estabeleceu as novas regras aplicáveis ao recurso extraordinário interposto contra decisão das turmas recursais dos juizados especiais. Embora referentes ao incidente de uniformização a ser desenvolvido perante o STJ, essas regras (art. 14, §§ 4º a 9º) aplicam-se também ao recurso extraordinário, por força do art. 15 da aludida lei.

Depreende-se do plexo de normas em referência que o recurso extraordinário das decisões dos juizados especiais federais mereceu um tratamento diferenciado por parte do legislador. A norma regulamentadora admite, expressamente, o encaminhamento de alguns recursos ao Supremo Tribunal e a retenção dos recursos idênticos nas turmas recursais (art. 14, § 6º).

Tendo em vista a possibilidade de reprodução de demandas idênticas, autoriza-se o relator a conceder liminar para suspender, de ofício ou a requerimento do interessado, a tramitação dos processos que versem sobre idêntica controvérsia constitucional (art. 14, § 5º)[37]. Trata-se de disposição que se assemelha ao estabelecido no art. 21 da Lei n. 9.868/99, que prevê a cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, e no art. 5º da Lei n. 9.882/99, que autoriza a cautelar em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Observe-se, ademais, que, afastando-se de uma perspectiva estritamente subjetiva do recurso extraordinário, a Lei n. 10.259/2001, no art. 14, § 7º, autorizou o relator a pedir informações adicionais, se assim entender necessário, ao presidente da turma recursal ou ao coordenador da turma de uniformização, podendo também ouvir o Ministério Público no prazo de cinco dias. Na mesma linha, a aludida disposição permitiu que eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, se manifestem no prazo de trinta dias (art. 14, § 7º, 2ª parte). Trata-se de amplo reconhecimento da figura do *amicus curiae*, que, como se sabe, já foi prevista na Lei n. 9.868/99 (arts. 7º e 18, referentes à ADI e à ADC; art. 482 do CPC, relativo ao incidente de inconstitucionalidade) e na Lei n. 9.882/99 (art. 6º, § 1º, a propósito da ADPF). Assinale-se que, na questão de ordem no RE 416.827[38], o Tribunal admitiu, pela primeira vez, a manifestação de *amici curiae* em processo de competência do Supremo Tribunal Federal proveniente das Turmas Recursais dos Juizados Especiais.

Esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Aludido

instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional. Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle segundo a qual "a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjetivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo", dotado de uma "dupla função", subjetiva e objetiva, "consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo"[39].

A fórmula adotada para o recurso extraordinário no âmbito dos juizados especiais federais foi estendida para os recursos extraordinários regulares, nos quais se discutam matérias repetitivas ou os chamados "casos de massa" (Lei n. 11.418/2006). Vê-se, assim, que também o recurso extraordinário regular – especialmente aquele inserido nesse contexto das questões de massa – poderá merecer disciplina idêntica à adotada para o recurso especial dos juizados especiais federais[40].

É possível que a disciplina abrangente do art. 543-B do CPC represente revogação tácita das disposições constantes do art. 14, §§ 4º a 9º, e art. 15 da Lei 10.259/2001, no que se refere ao Supremo Tribunal Federal.

3. 3. O processo de objetivação do recurso extraordinário

A fórmula da Lei n. 8.038, de 1990, todavia, pode ensejar a ilusão de que os Tribunais Superiores podem continuar a ser Cortes de Justiça para cada caso concreto, o que é absolutamente impossível aqui ou alhures. De alguma forma, os diversos sistemas jurídicos acabam encontrando mecanismos de racionalização para evitar que as Cortes Superiores se ocupem de causas repetidas.

Refira-se ao *writ of certiorari* do modelo norte-americano, por meio do qual se exerce certo poder discricionário em relação às matérias a serem apreciadas, excluindo-se assuntos atingidos pelos conceitos de *mootness* e de *ripeness*, isto é, problemas abstratos (no primeiro caso) ou mesmo que não contêm ainda o necessário amadurecimento para discussão (no segundo caso). O *writ of certiorari* consiste em peça preliminar encaminhada à Suprema Corte, pela parte interessada, na qual se faz uma resenha dos fatos

e uma síntese da relevância da discussão. O *mootness requirement* (cuida-se de instituto que, à semelhança de precedentes similares adotados no âmbito da jurisdição constitucional – compreende *writ of certiorari*, nos EUA, e - processos especiais de seleção de ações nas Cortes Constitucionais –, busca introduzir mecanismos de seleção de recurso extraordinário, tendo em vista critério de relevância geral) qualifica que determinada controvérsia ainda estará pendente e suscetível de apreciação judicial, no tempo presumido para que se alcance decisão definitiva. Por causa dessa preliminar, a Suprema Corte norte-americana recusava-se a apreciar questões relativas a aborto, dado que o nascimento da criança já seria um fato quando da prolação da decisão. Exceção é verificada no caso *Roe v. Wade* (410 U.S. 113 – 1973), que lançou o paradigma jurisprudencial para a questão do aborto nos Estados Unidos. Naquela ocasião, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que o caso, não obstante não alcançado pelo *mootness requirement*, teria projeções sociais de grande dimensão. A doutrina do *ripeness* consiste na negativa da Suprema Corte em apreciar questões abstratas e hipotéticas. É requisito da Suprema Corte que o problema trazido qualifique um juízo de *justiciability*, isto é, de *justiciabilidade*. Tomando literalmente a expressão, tem-se que o assunto deve estar maduro. Evita-se, assim, o julgamento do hipotético, do argumento teórico, da circunstância não evidenciada na vida real[41].

Preso entre a fórmula do Senado (CF, art. 52, X) e a crescente de processos referida, o Supremo Tribunal Federal terminou avalizando uma tendência de maior objetivação do recurso extraordinário, que deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva.

Invertendo o processo de supersubjetivação, imposto ao recurso extraordinário pela estruturação e manejo da chamada jurisprudência defensiva, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu superar vício procedimental de ausência do prévio esgotamento das instâncias ordinárias e, em excepcional decisão e consideradas as peculiaridades do caso (matéria de fundo sumulada na Corte *a qua*), prosseguiu no julgamento do recurso[42].

Cumpre referir, como igualmente indicativo do processo de objetivação do recurso extraordinário, o julgamento do RE 172.058, quando o Ministro

Marco Aurélio, então Relator, assentou:

"Assim, os limites da lide não revelam os parâmetros da atuação desta Corte, porque foram excedidos na prolação do acórdão atacado. Cabe, ultrapassada a barreira do conhecimento do extraordinário, avançar, em atuação condizente com a atividade precípua que a Constituição Federal impõe ao Supremo – de Guarda Maior dela própria. Indaga-se: o que ocorrerá a não se entender dessa forma? Limitada a apreciação à parte envolvida na lide – desconto na fonte quanto aos cotistas – permanecerá sem o crivo do Supremo Tribunal Federal o provimento do Tribunal Regional Federal no que declarada, também, a inconstitucionalidade do artigo quanto ao acionista e ao titular da empresa individual. Cumpre, na espécie, construir, atento o Plenário ao princípio da razoabilidade"[43].

Tais precedentes têm a virtude de colocar a descoberto a natureza predominantemente objetiva da atividade controle de constitucionalidade. É fácil ver, por exemplo, que o princípio do pedido não incide no processo objetivo da mesma forma como o faz no processo subjetivo[44], e que, não apenas a *causa petendi*[45], mas o próprio pedido ganha contornos específicos em sede de jurisdição constitucional, difusa ou concentrada.

A par do que representam as decisões referidas para a compreensão das novas feições do recurso extraordinário, a mudança mais significativa e definitiva parece estar consubstanciada na eficácia das decisões que, em seu bojo, passaram a ser prolatadas.

Recentemente, *v*. *g*., o Tribunal, por maioria, considerou que a declaração de constitucionalidade, em sede de recurso extraordinário, faz manifestamente improcedentes as ações diretas de inconstitucionalidade que tenham o mesmo objeto, a revelar promissora comunicabilidade entre as vias, difusa e concentrada, do sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro. Lê-se no *Informativo*:

"Manteve-se a decisão agravada no sentido do indeferimento da petição inicial, com base no disposto no art. 4º da Lei n. 9.868/99, ante a manifesta improcedência da demanda, haja vista que a norma impugnada tivera sua constitucionalidade expressamente declarada pelo Plenário da Corte no julgamento do RE 377.457/PR (DJE de 19-12-2008) e do RE 381.964/MG (DJE de 26-9-2008). Vencidos, no mérito, os Ministros Marco Aurélio, Carlos Britto e Eros Grau, que proviam o recurso, ao fundamento de que precedentes versados a partir de julgamentos de recursos extraordinários

não obstaculizariam uma ação cuja causa de pedir é aberta, em que o pronunciamento do Tribunal poderia levar em conta outros artigos da Constituição Federal, os quais não examinados nos processos subjetivos em que prolatadas as decisões a consubstanciarem os precedentes”[46].

Ainda no plano da eficácia, cumpre referir decisões em recursos extraordinários nas quais o Tribunal, em homenagem à razoabilidade ou a outro valor constitucionalmente relevante, modulou os efeitos do *decisum*, espacial ou temporalmente. Conforme assentado no HC 82.959[47] (progressão de regime nos crimes hediondos), a limitação de efeitos é um apanágio do controle de constitucionalidade, e razão jurídica não há para que tal instrumento, veículo através do qual a Corte pode integrar ao seu afazer o princípio da segurança jurídica, não seja utilizado também em sede de controle incidental[48].

Alguns precedentes do Tribunal terminaram por consubstanciar essa ordem de razões. Paradigmática, nesse sentido, a decisão proferida pelo Plenário no RE 197.917, assim ementada:

“Recurso extraordinário. Municípios. Câmara de vereadores. Composição. Autonomia municipal. Limites constitucionais. Número de vereadores proporcional à população. CF, artigo 29, IV. Aplicação de critério aritmético rígido. Incompatibilidade entre a população e o número de vereadores. Inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, da norma municipal. Efeitos para o futuro. Situação excepcional (...) 8. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade”[49].

Parece indiscutível, portanto, que decisões em controle difuso que modulam seus efeitos, ultrapassam o pedido ou alargam o parâmetro de controle para além da causa de pedir que sustenta a pretensão jurídico-subjetiva não podem, a toda evidência, ser compreendidas tendo simplesmente como referência a lógica da processualística civil tradicional, baseada no conflito entre partes. Logrou Ministro Pertence a elaboração de síntese exemplar acerca do processo por que passa o recurso extraordinário:

A experiência demonstra, a cada dia, que a tendência dominante – especialmente na prática deste Tribunal – é no sentido da crescente

contaminação da pureza dos dogmas do controle difuso pelos princípios reitores do método concentrado (...) Ainda que a controvérsia lhe chegue pelas vias recursais do controle difuso, expurgar da ordem jurídica a lei inconstitucional ou consagrar-lhe definitivamente a constitucionalidade contestada são tarefas essenciais da Corte, no interesse maior da efetividade da Constituição, cuja realização não se deve subordinar à estreita necessidade, para o julgamento de uma determinada causa, de solver a questão constitucional nela adequadamente contida (...) no sistema de controle *incidenter* em especial no recurso extraordinário, o interesse particular dos litigantes, como na cassação, é usado como elemento propulsor posto a serviço de interesse público, que aqui é a guarda da Constituição, para a qual o Tribunal existe[50].

É de considerar, por fim, que ou avançamos para uma condução do processo constitucional capaz de responder à pletora de recursos sobre um mesmo tema constitucional ou ter-se-á um excessivo formalismo, com sérios prejuízos para a eficácia de decisões do Tribunal, e, por que não dizer, para o próprio sistema jurídico, que, dependente da forma aleatória de provocação, produzirá decisões incongruentes, dando ensejo à interminável sequência de demandas a propósito de casos já resolvidos pelo Plenário.

3.4. Repercussão geral e controle incidental de constitucionalidade no Supremo Tribunal

A Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário) consagrou, no art. 102, § 3º, da Constituição, o instituto da repercussão geral, segundo o qual, "no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-la pela manifestação de dois terços de seus membros".

A Lei n. 11.418, de 19-12-2006, definiu a disciplina processual do novo instituto. O recurso extraordinário passa, assim, por uma mudança significativa, havendo de sofrer o crivo da admissibilidade referente à repercussão geral. A adoção desse novo instituto deverá maximizar a feição objetiva do recurso extraordinário[51].

Com a finalidade de regulamentar, no plano interno, o procedimento de

análise e julgamento da repercussão geral[52], o Supremo Tribunal Federal editou a Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007.

A principal novidade da aludida disciplina foi o estabelecimento de sessão eletrônica de julgamento da repercussão geral, dispondo que, quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso extraordinário por outro motivo, o Relator submeterá a sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral, por meio eletrônico, aos demais ministros[53].

Referida Emenda Regimental também previu a repercussão geral presumida, que, uma vez caracterizada, dispensa o procedimento de análise eletrônica da repercussão. Será presumida a repercussão geral quando a questão já tiver sido reconhecida ou quando o recurso extraordinário impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante da Corte[54].

O procedimento para a análise de eventual existência de repercussão geral ficou assim estabelecido: a sessão virtual tem a duração de vinte dias corridos, passados os quais o próprio sistema fará a contagem dos votos sobre a existência ou não de repercussão geral. Se decorrido o prazo sem manifestações dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, considerar-se-á existente a repercussão[55]. Lembre-se que há a necessidade da manifestação expressa de pelo menos 8 (oito) Ministros, recusando a repercussão geral, para que seja reputada a sua inexistência[56].

As decisões pela inexistência da repercussão geral são irrecorríveis, valendo para todos os recursos que versem sobre questão idêntica[57]. Uma vez decidida a repercussão geral, a Presidência do STF deverá promover ampla e específica divulgação do teor dessas decisões, bem como diligenciar para a formação e atualização de banco de dados eletrônico sobre o assunto[58]

Outra questão que merece destaque é a possibilidade de a Presidência do Supremo Tribunal Federal ou qualquer Relator de recursos extraordinários, que possam reproduzir-se em múltiplos feitos, comunicar o fato aos Tribunais *a quo* para fins de cumprimento do art. 543-B do CPC[59]. Ademais, “quando se verificar a subida ou a distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o Relator selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado

especial de origem, para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do Código de Processo Civil”[60].

O instituto da repercussão geral será conformado pela prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal[61]. Em junho de 2007, em julgamento plenário, restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal que a fundamentação da repercussão geral somente poderia ser exigida nos recursos extraordinários cujo início do prazo para sua interposição tenha ocorrido após o dia 3 de maio de 2007, data em que foi publicada a Emenda Regimental n. 21 do STF[62].

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento, ainda, que cabe exclusivamente ao Supremo reconhecer a efetiva existência da repercussão geral, não obstante tanto o Supremo Tribunal Federal quanto os demais tribunais de origem possam verificar a existência da demonstração formal e fundamentada da repercussão geral[63].

Em setembro de 2007, ao resolver questão de ordem no Recurso Extraordinário n. 556.664[64], o Plenário do Supremo Tribunal Federal determinou a suspensão do envio de recursos extraordinários e agravos de instrumento ao Supremo que versassem sobre a constitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei n. 8.212/91 e art. 5º, parágrafo único, do Decreto-lei n. 1.569, em face do art. 143, III, *b*, da Constituição Federal.

Nessa questão de ordem, aplicou-se a disciplina do art. 328 do RISTF[65], que determinou, especificamente em relação aos processos múltiplos, o sobrestamento e/ou devolução dos feitos aos tribunais de origem. Consignou-se que, ao se verificar a subida ou a distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o relator selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos Tribunais ou Turmas do Juizado Especial de origem para aplicação dos parágrafos do art. 543-B do CPC.

Com tal medida, o Tribunal deu consecução ao modelo desenvolvido para evitar o acúmulo de processos repetidos na Corte, nos termos do art. 543-B do CPC.

Por fim, vale registrar os números de recursos extraordinários e agravos de instrumento cuja repercussão geral foi suscitada:

	Total distribuído		Com preliminar de Repercussão Geral			
Mês	**RE**	**AI**	**RE**	**% em relação ao total de RE**	**AI**	**% em relação ao total de AI**
Jul/07*	2.947	5.015	91	3,09%	0	0,00%
Ago/07	4.315	5.337	502	11,66%	30	0,56%
Set/07	3.414	4.208	484	14,18%	138	3,28%
Out/07	4.129	5.202	660	15,98%	907	17,44%
Nov/07	3.329	3.781	582	17,48%	603	15,95%
Dez/07	1.778	2.097	356	20,02%	431	20,55%
Jan/08	2.347	4.078	468	19,94%	1.143	28,03%
Fev/08	2.661	3.584	443	16,65%	1.159	32,34%
Mar/08	2.737	4.100	776	28,35%	1.233	30,07%
Abr/08	2.641	3.129	1.018	38,55%	1.217	38,89%
Mai/08	2.845	3.739	922	32,41%	2.050	54,83%
Jun/08	1.917	3.066	765	39,91%	1.804	58,84%
Jul/08	1.124	2.514	516	45,91%	1.617	64,32%
Ago/08	1.167	2.663	523	44,82%	1.464	54,98%
Set/08	1.487	2.883	622	41,83%	1.799	62,40%

Out/08	981	2.815	420	42,81%	1.756	62,38%
Nov/08	959	3.114	401	41,81%	2.138	68,66%
Dez/08	665	2.098	248	37,29%	1.382	65,87%
Jan/09	671	1.965	314	46,80%	1.320	67,18%
Fev/09	549	1.800	298	54,28%	1.444	80,22%
Mar/09	1.092	2.219	481	44,05%	1.730	77,96%
Abr/09	697	2.022	375	53,80%	1.476	73,00%
Mai/09	831	3.090	423	50,90%	2.368	76,63%
Jun/09	858	3.379	460	53,61%	2.667	78,93%
2º sem/09	3.649	9.825	1.697	46,51%	6.283	63,95%
1º sem/10	3.134	11.277	2.444	67,89%	10.883	80,47%
2º sem/10	3.660	13.524	838	78,46%	3.122	86.27%
1º sem/11	1.068	3.619	838	78,46%	3.122	86,27%
Total**	**57.591**	**116.143**	**18.802**	**32,65%**	**59.704**	**51,41%**

Fonte: Portal de Informações Gerenciais do STF.
* A Secretaria Judiciária – SEJ passou a registrar no sistema informatizado os processos com preliminar de Repercussão Geral em 03/07/2007.
** Dados atualizados até fevereiro de 2011.

3. 5. O Supremo Tribunal Federal e as súmulas vinculantes

3. 5.1. Considerações gerais

O efeito vinculante das decisões de Tribunais Superiores sobre os atos de instâncias inferiores não configura novidade. Nelson de Sousa Sampaio

apresenta-nos uma boa resenha da tendência para o precedente judicial vinculante[66]. Segundo o autor, no desempenho de sua missão, o Judiciário pode praticar ato que vai desde a sentença clássica até atos propriamente legislativos. Assim é que, quanto à crescente extensão de seus efeitos, os atos dos juízes se escalonariam em sentença clássica, precedente, sentença normativa, jurisprudência vinculante, atos quase legislativos e plenamente legislativos.

É de Kelsen o esclarecimento de que a função criadora do direito dos tribunais, existente em todas as circunstâncias, surge com particular evidência quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais por meio de decisões com força de precedentes. Conferir a tal decisão caráter de precedente é tão só um alargamento coerente da função criadora de direito dos tribunais. Se aos tribunais é conferido o poder de criar não só normas individuais, mas também normas jurídicas gerais, estarão eles em concorrência com o órgão legislativo instituído pela Constituição, e isso significará uma descentralização da função legislativa[67].

O precedente vinculativo, que se caracteriza pelo fato de a decisão de um alto tribunal ser obrigatória, como norma, para os tribunais inferiores, tem as nações anglo-americanas, a exemplo da Inglaterra, Canadá e Estados Unidos, como reputado ambiente natural, por serem elas de direito de criação predominantemente judicial. Isso, no entanto, não impede de se ver o precedente vinculante também em países de tradição romanista, embora aí mais formalizado, como referido. Sobre a súmula do Supremo Tribunal Federal e o *Restatement of the Law*[68], do Direito americano, observou Victor Nunes Leal que:

"A jurisprudência da Súmula, embora não obrigatória para os outros Tribunais e Juízes, é indiretamente obrigatória para as partes, porque o interessado poderá fazê-la observar através do mecanismo dos recursos, enquanto não alterada pelo próprio Supremo Tribunal. E quanto a este a Súmula funciona como instrumento de autodisciplina propiciando tão alto grau de simplificação dos seus trabalhos que seria inviável ou prejudicial tentar alcançar o mesmo resultado por outro meio. A autoridade, que nos foi possível atribuir à Súmula – e que falta ao *Restatement* dos norte-americanos – não é inspiração do acaso ou da livre imaginação. As raízes dessa fórmula estão na abandonada tradição luso-brasileira dos assentos da

Casa da Suplicação e na moderna experiência legislativa dos prejulgados"[69].

Vê-se, pois, que a súmula do Supremo Tribunal Federal, que deita raízes entre nós nos assentos da Casa de Suplicação, nasce com caráter oficial, dotada de perfil indiretamente obrigatório. E, por conta dos recursos, constitui instrumento de autodisciplina do Supremo Tribunal Federal, que somente deverá afastar-se da orientação nela preconizada de forma expressa e fundamentada.

Essas diretrizes aplicam-se também à súmula vinculante consagrada na Emenda n. 45/2004. É evidente, porém, que a súmula vinculante, como o próprio nome indica, terá o condão de vincular diretamente os órgãos judiciais e os órgãos da Administração Pública, abrindo a possibilidade de que qualquer interessado faça valer a orientação do Supremo, não mediante simples interposição de recurso, mas por meio de apresentação de uma reclamação por descumprimento de decisão judicial (CF, art. 103-A).

3.5.2. Requisitos formais da súmula vinculante, revisão e cancelamento

Nos termos do art. 103-A da Constituição, a súmula vinculante deverá ser aprovada por maioria de 2/3 dos votos do Supremo Tribunal Federal (8 votos), havendo de incidir sobre matéria constitucional que tenha sido objeto de decisões reiteradas do Tribunal[70]. A norma constitucional explicita que a súmula terá por objetivo superar controvérsia atual sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas capaz de gerar insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos. Estão abrangidas, portanto, as questões atuais sobre interpretação de normas constitucionais ou destas em face de normas infraconstitucionais.

Tendo em vista a competência ampla do Supremo Tribunal Federal, essas normas tanto poderão ser federais como estaduais ou municipais. É possível, porém, que a questão envolva tão somente interpretação da Constituição e não de seu eventual contraste com outras normas infraconstitucionais. Nesses casos, em geral submetidos ao Tribunal sob alegação de contrariedade direta à Constituição (art. 103, III, *a*), discute-se a interpretação da Constituição adotada pelos órgãos jurisdicionais.

Outro requisito para edição da súmula vinculante refere-se à preexistência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional. Exige-se aqui que a matéria a ser versada na súmula tenha sido objeto de debate e discussão no

Supremo Tribunal Federal. Busca-se obter a maturação da questão controvertida com a reiteração de decisões. Veda-se, desse modo, a possibilidade da edição de uma súmula vinculante com fundamento em decisão judicial isolada. É necessário que ela reflita uma jurisprudência do Tribunal, ou seja, reiterados julgados no mesmo sentido, é dizer, com a mesma interpretação.

A súmula vinculante, ao contrário do que ocorre no processo objetivo, como foi visto, decorre de decisões tomadas, em princípio, em casos concretos, no modelo incidental, no qual também existe, não raras vezes, reclamo por solução geral. Ela só pode ser editada depois de decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou de decisões repetidas das Turmas.

Esses requisitos acabam por definir o próprio conteúdo das súmulas vinculantes. Em regra, elas serão formuladas a partir das questões processuais de massa ou homogêneas, envolvendo matérias previdenciárias, administrativas, tributárias ou até mesmo processuais, suscetíveis de uniformização e padronização. Nos termos do § 2º do art. 103-A da Constituição, a aprovação, bem como a revisão e o cancelamento de súmula, poderá ser provocada pelos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei.

Autorizou-se, assim, ao legislador ampliar o elenco de legitimados. Parece altamente recomendável que entre aqueles que venham a ser contemplados com essa legitimação, por decisão legislativa, estejam tribunais e juízes, uma vez que eles lidam, cotidianamente, com os processos que podem dar ensejo à formulação de súmulas. Como consectário de seu caráter vinculante e de sua "força de lei" para o Poder Judiciário e para a Administração, requer-se que as súmulas vinculantes sejam publicadas no *Diário Oficial da União*. Procura-se assegurar, assim, a sua adequada cognoscibilidade por parte de todos aqueles que lhe devem obediência.

Nos termos da Emenda Constitucional n. 45/2004, tal como a edição, o cancelamento ou a revisão da súmula poderá verificar-se mediante decisão de 2/3 dos membros do Supremo Tribunal, de ofício ou por provocação de pessoas ou entes autorizados em lei, dentre eles os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103-A, *caput,* e § 2º).

A possibilidade de revisão ou cancelamento de súmula é de extrema

relevância quando se tem em vista que é da natureza da própria sociedade e do Direito estar em constante transformação. Nesse sentido, faz-se imprescindível a possibilidade de alteração das súmulas vinculantes, para que elas possam ser adequadas a essas necessidades, também de índole prática. Todavia, do mesmo modo que a adoção de uma súmula vinculante não ocorre de um momento para o outro, exigindo que a matéria tenha sido objeto de reiteradas decisões sobre o assunto, a sua alteração ou modificação também exige discussão cuidadosa.

À evidência, não procede o argumento de que a súmula vinculante impede mudanças que ocorrem por demanda da sociedade e do próprio sistema jurídico, uma vez que há previsão constitucional da revisão e revogação dos seus enunciados. Ademais, a revisão da súmula propicia ao eventual requerente maiores oportunidades de superação do entendimento consolidado do que o sistema de recursos em massa, que são respondidos, também, pelas fórmulas massificadas existentes hoje nos tribunais.

Tal questão foi objeto de observação do Ministro Sepúlveda Pertence, em pronunciamento perante a Câmara dos Deputados:

"É muito mais fácil prestar atenção a um argumento novo, num mecanismo de revisão de súmula, do que num dos 5 ou 6 mil processos a respeito que subam num determinado ano ao Supremo Tribunal Federal, até porque a sentença que contém o argumento novo tem de ser sorteada, porque não dá para conferir mais do que por amostragem".

A solenidade conferida ao procedimento de revisão da súmula vinculante permite e recomenda que o Tribunal confira a atenção devida à proposta de alteração.

A Lei n. 11.417, de 19-12-2006, regulamentou o art. 103-A da Constituição, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

3.5.3. Obrigatoriedade e limites objetivos e subjetivos da súmula vinculante

Os limites objetivos da súmula vinculante são dados pelo enunciado que resulta de sua formulação. É evidente que esse enunciado poderá ser mais bem compreendido à luz das referências da súmula, isto é, dos julgados que geraram a base para a decisão sumulada.

Assim, não raras vezes ter-se-á de recorrer às referências da súmula para

dirimir eventual dúvida sobre o seu exato significado. Tais referências são importantes também no que diz respeito à eventual distinção ou *distinguishing* que se tenha de fazer na aplicação da súmula vinculante.

Desde já, afigura-se inequívoco que a súmula vinculante conferirá eficácia geral e vinculante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sem afetar diretamente a vigência de leis porventura declaradas inconstitucionais no processo de controle incidental. É que não foi alterada a cláusula clássica, constante hoje do art. 52, X, da Constituição, que outorga ao Senado a atribuição para suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Não resta dúvida de que a adoção de súmula vinculante em situação que envolva a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo enfraquecerá ainda mais o já debilitado instituto da suspensão pelo Senado. É que a súmula vinculante conferirá interpretação vinculante à decisão que declara a inconstitucionalidade sem que a lei declarada inconstitucional tenha sido eliminada formalmente do ordenamento jurídico (falta de eficácia geral da decisão declaratória de inconstitucionalidade). Tem-se efeito vinculante da súmula, que obrigará a Administração a não mais aplicar a lei objeto da declaração de inconstitucionalidade (nem a orientação que dela se dessume), sem eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade.

Mais uma razão para que se reveja a interpretação que se confere, tradicionalmente, ao disposto no art. 52, X, da Constituição, de modo a assegurar o efeito às decisões do Supremo Tribunal Federal, independentemente de terem sido proferidas em sede de controle abstrato, direto ou incidental.

Afigura-se inegável que, tendo em vista a própria formalidade do processo de aprovação e edição de súmula, o Tribunal não poderá afastar-se da orientação sumulada sem uma decisão formal no sentido da superação do enunciado eventualmente fixado. Aquilo a que Victor Nunes se referiu como instrumento de autodisciplina do Tribunal edifica-se, no contexto da súmula vinculante, em algo associado à própria responsabilidade institucional da Corte de produzir clareza e segurança jurídicas para os demais tribunais e para os próprios jurisdicionados.

A afirmação de que inexistiria uma autovinculação do Supremo Tribunal ao estabelecido nas súmulas há de ser entendida *cum grano salis.* Talvez

seja mais preciso afirmar que o Tribunal estará vinculado ao entendimento fixado na súmula enquanto considerá-lo expressão adequada da Constituição e das leis interpretadas. A desvinculação há de ser formal, explicitando-se que determinada orientação vinculante não mais deve subsistir. Aqui, como em toda mudança de orientação, o órgão julgador ficará duplamente onerado pelo dever de argumentar.

3.5.4. Súmula vinculante e reclamação constitucional

Estabelece o art. 103-A, § 3º, da Constituição Federal de 1988 que, "do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso".

A reclamação constitucional vem prevista no art. 102, I, *l*, da Carta de 1988, para preservar a competência e garantir a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal. O modelo constitucional adotado consagra a admissibilidade de reclamação contra ato da Administração em desconformidade com a súmula. E, na certa, essa é a grande inovação do sistema, uma vez que a reclamação contra atos judiciais contrários à orientação com força vinculante já era largamente praticada. É certo que também essa reclamação estava limitada às decisões dotadas de efeito vinculante nos processos objetivos.

De qualquer sorte, tem-se aqui a clara convicção de que a Administração Pública contribui, decisivamente, para o incremento das demandas judiciais de caráter homogêneo. Daí situar-se na seara da Administração Pública o grande desafio na implementação da súmula vinculante em toda a sua amplitude.

A adoção da súmula vinculante para a Administração Pública vai exigir a promulgação de normas de organização e procedimento que permitam assegurar a observância por parte desta dos ditames contidos na súmula sem que se verifique uma nova e adicional sobrecarga de processos – agora de reclamações – para o Supremo Tribunal Federal.

Daí a necessidade de que a lei preveja procedimento administrativo adequado de modo a permitir, tanto quanto possível, que as questões eventualmente suscitadas possam ser resolvidas na própria esfera da

Administração[71]. Parece abusivo, nesse contexto, que se admita a reclamação sem que se envidem esforços para a solução da controvérsia no âmbito administrativo. Aqui reside um dos pontos mais delicados e mais relevantes do novo sistema inaugurado pela Emenda Constitucional n. 45/2004. É que não se pode substituir a crise numérica, ocasionada pelo recurso extraordinário, pela multiplicação de reclamações formulada diretamente contra a Administração perante o Supremo Tribunal Federal.

A súmula vinculante somente será eficaz para reduzir a crise do Supremo Tribunal Federal e das instâncias ordinárias se puder ser adotada em tempo social e politicamente adequado. Em outras palavras, não pode haver um espaço muito largo entre o surgimento da controvérsia com ampla repercussão e a tomada de decisão com efeito vinculante. Do contrário, a súmula vinculante perderá o seu conteúdo pedagógico-institucional, não cumprindo a função de orientação das instâncias ordinárias e da Administração Pública em geral. Nesse caso, sua eficácia ficará restrita aos processos ainda em tramitação.

II. Constitucionalidade e inconstitucionalidade, defesa da Constituição, tipos de inconstitucionalidade

1. Considerações preliminares

As Constituições escritas são apanágio do Estado Moderno. A concepção de um documento escrito destinado a institucionalizar um sistema preconcebido é inovação que se consolida na segunda metade do século XVIII, com a Revolução Francesa e a independência americana[72].

A complexidade do seu desenvolvimento histórico e as múltiplas perspectivas de análise atribuem ao conceito de Constituição uma plurissignificatividade inigualável. “A resposta sobre o significado da Constituição – diz Hesse – depende, assim, da tarefa que se pretende resolver com o conceito eventualmente desenvolvido”[73].

Não obstante a riqueza semântica que o envolve e as múltiplas transformações ocorridas, o conceito de Constituição parece preservar um núcleo permanente: “a ideia de um princípio supremo que determina

integralmente o ordenamento estatal e a essência da comunidade constituída por esse ordenamento"[74]. Vê-se, assim, que a Constituição, no sentido estrito do termo, é formada pelas regras que disciplinam a criação das normas essenciais do Estado, organizam os entes estatais e consagram o procedimento legislativo[75].

Ao lado dessa ideia de Constituição material, cogita-se, igualmente, de uma Constituição formal, entendida aqui como conjunto de regras promulgadas com a observância de um procedimento especial e que está submetido a uma forma especial de revisão[76].

Na tentativa de consagrar um conceito que contemple, a um só tempo, o conteúdo material e a realidade normativa da Constituição, define-a Hesse como ordem jurídica fundamental da coletividade (*Die Verfassung ist die rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens*)[77]. Considera que, enquanto ordem jurídica fundamental, a Constituição contém as linhas básicas do Estado e estabelece diretrizes e limites ao conteúdo da legislação vindoura[78]. Todavia, não se há de confundir a Constituição com uma regulamentação precisa e completa. A Constituição, ensina Hesse, não codifica, mas regula apenas – frequentemente as linhas essenciais – aquilo que se afigura relevante e carecedor de uma definição[79].

Não existe, pois, uma pretensão de completude (*Anspruch der Lücken-losigkeit*) do sistema constitucional. E é, exatamente, essa característica que empresta à Constituição a flexibilidade necessária (*Beweglichkeit*) ao contínuo desenvolvimento e permite que o seu conteúdo subsista aberto dentro do tempo (*in die Zeit hinein offen*)[80].

Têm-se, assim, a um só tempo, rigidez e flexibilidade. E, segundo Hesse, o ponto decisivo situa-se, precisamente, na polaridade desses elementos. Não se trata de eleger alternativas, mas de coordenar esses momentos[81]. Conciliam-se, assim, estabilidade e desenvolvimento, evitando-se, de um lado, a dissolução da ordem constitucional, e, de outro, o congelamento da ordem jurídica[82].

A Constituição escrita não se limita a estabelecer os baldrames da organização estatal e os fundamentos da ordem jurídica da comunidade, mas desempenha relevante papel como instrumento de estabilidade, de racionalização do poder e de garantia da liberdade. Não se trata, à evidência, de um sistema isento de lacunas. E, de certo modo, é essa

ausência de regulamentação minudente que assegura a abertura constitucional (*Offenheit*) necessária ao amplo desenvolvimento do processo político[83].

Consagra Hesse, assim, uma concepção material de Constituição que se esforça por conciliar legitimidade material e abertura constitucional[84]. Limitar-nos-emos aqui a enunciar essa ideia de Constituição como ordem jurídica fundamental, uma vez que ela contém uma perspectiva de legitimidade material e de abertura constitucional, possibilitando compatibilizar o controle de constitucionalidade – que pressupõe uma Constituição rígida – com a dinâmica do processo político-social[85].

2. Constitucionalidade e inconstitucionalidade

Como anota Jorge Miranda, constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação, isto é, "a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido"[86]. Não se cuida, porém, de uma relação lógica ou intelectiva, adverte o mestre português, mas de uma relação de caráter normativo e valorativo[87].

Em verdade, é essa relação de índole normativa que qualifica a inconstitucionalidade, pois somente assim logra-se afirmar a obrigatoriedade do texto constitucional e a ineficácia de todo e qualquer ato normativo contraveniente. "Não estão em causa – diz Jorge Miranda – simplesmente a adequação de uma realidade a outra realidade, de um *quid* a outro *quid*, ou a descorrespondência entre este e aquele ato, mas o cumprimento ou não de certa norma jurídica"[88].

Foi Rui Barbosa, talvez, quem primeiro percebeu, entre nós, que a sanção à violação do Texto Magno integra o próprio conceito de inconstitucionalidade. Dizia o emérito jurista, com fulcro no magistério de Dicey, que a expressão *inconstitucional* poderia ter, pelo menos, três acepções diferentes, conforme a natureza da Constituição adotada. Vale registrar, a propósito, a sua lição:

> "Definindo a qualificação de inconstitucionalidade perante os vários sistemas de constituições, escreve Dicey, o insigne constitucionalista

inglês:

‘A expressão inconstitucional, aplicada a uma lei, tem, pelo menos, três acepções diferentes, variando segundo a natureza da Constituição, a que aludir:

I – Empregada em relação a um ato do parlamento inglês, significa simplesmente que esse ato é, na opinião do indivíduo que o aprecia, oposto ao espírito da Constituição inglesa; mas não pode significar que esse ato seja infração da legalidade e, como tal, nulo.

II – Aplicada a uma lei das câmaras francesas, exprimiria que essa lei, ampliando, suponhamos, a extensão do período presidencial, é contrária ao disposto na Constituição. Mas não se segue necessariamente daí que a lei se tenha por vã; pois não é certo que os tribunais franceses se reputem obrigados a desobedecer às leis inconstitucionais. Empregada por franceses, a expressão de ordinário se deve tomar como simples termo de censura.

III – Dirigido a um ato do Congresso, o vocábulo inconstitucional quer dizer que esse ato excede os poderes do congresso e é, por consequência, nulo. Neste caso a palavra não importa necessariamente reprovação. O americano poderia, sem incongruência alguma, dizer que um ato do Congresso é uma boa lei, beneficia o país, mas, infelizmente, peca por inconstitucional, isto é, *ultra vires*, isto é, nulo’”[89].

Em seguida, concluía o juspublicista:

“Este o princípio estabelecido pelo regímen americano e invariavelmente observado pelos seus executores. ‘Todo ato do Congresso (diz Kent, o grande comentador), todos atos das assembleias dos Estados, toda cláusula das constituições destes, que contrariarem a Constituição dos Estados Unidos, são necessariamente nulos. É uma verdade óbvia e definitiva em nossa jurisprudência constitucional’.

Esta consequência resulta evidentemente da própria essência do sistema. Onde se estabelece uma Constituição, com delimitação da autoridade para cada um dos grandes poderes do Estado, claro é que estes não podem ultrapassar essa autoridade, sem incorrer em incompetência, o que em direito equivale a cair em nulidade. *Nullus est major defectus quam defectus potestatis*”[90].

Não se afirma, hoje, o dogma da nulidade com a mesma convicção de

outrora. A disciplina emprestada aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo constituinte austríaco (1920-1929) e os desenvolvimentos posteriores do tema no direito constitucional de diversos países parecem recomendar a relativização dessa concepção unitária de inconstitucionalidade[91].

É inegável, todavia, que a ausência de sanção retira o conteúdo obrigatório da Constituição, convertendo o conceito de inconstitucionalidade em simples manifestação de censura ou crítica.

Nessa linha de entendimento, assenta Kelsen que uma Constituição que não dispõe de garantia para anulação dos atos inconstitucionais não é, propriamente, obrigatória. E não se afigura suficiente uma sanção direta ao órgão ou agente que promulgou o ato inconstitucional, porquanto tal providência não o retira do ordenamento jurídico. Faz-se mister a existência de órgão incumbido de zelar pela anulação dos atos incompatíveis com a Constituição[92]. Convém registrar o seu magistério:

> "Embora não se tenha plena consciência disso – porque uma teoria jurídica dominada pela política não lhe dá ensejo – é certo que uma Constituição que, por não dispor de mecanismos de anulação, tolera a subsistência de atos e, sobretudo, de leis com ela incompatíveis, não passa de uma vontade despida de qualquer força vinculante. Qualquer lei, simples regulamento ou todo negócio jurídico geral praticado por entes privados têm uma força jurídica superior à Constituição, a que estão subordinados e que lhes outorga validade. É que a ordem jurídica zela para que todo ato que contraria uma norma superior diversa da Constituição possa ser anulado. Assim, essa carência de força obrigatória contrasta radicalmente com a aparência de rigidez outorgada à Constituição através da fixação de requisitos especiais de revisão. Por que tanta precaução se as normas da Constituição, ainda que quase imutável, são, em verdade, desprovidas de força obrigatória? Certo é, também, que uma Constituição, que não institui uma Corte Constitucional ou órgão análogo para anulação de atos inconstitucionais, não se afigura de todo desprovida de sentido jurídico. A sua violação pode dar ensejo a sanções onde exista pelo menos o instituto da responsabilidade ministerial contra os órgãos que participaram da formação do ato, desde que admita sua culpa. Mas, além do fato de que, como ressaltado, essa garantia não se mostra muito eficaz, uma vez que deixa íntegra a lei inconstitucional, não

se há de admitir que a Constituição estabeleça uma única via possível para a edição de leis. O texto constitucional explicita, consoante o seu sentido literal e subjetivo, que as leis devem ser elaboradas de um certo modo e que hão de ter, ou não, determinado conteúdo. Mas no seu sentido objetivo, admite a Constituição que a lei é válida, mesmo em caso de inobservância de regras de índole procedimental ou material"[93].

Como se vê, não se limita Kelsen a reconhecer a sanção como elemento integrativo do conceito de inconstitucionalidade. Considera indispensável, igualmente, a existência de sanção qualificada, isto é, do procedimento de anulação do ato inconstitucional por órgão competente. Daí afirmar-se que, para Kelsen, a jurisdição constitucional é uma decorrência lógica da Constituição em sentido estrito[94].

Dessarte, os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade não traduzem, tão somente, a ideia de conformidade ou inconformidade com a Constituição. Assim, tomando de empréstimo a expressão de Bitar, dir-se-á que constitucional será o ato que não incorrer em sanção, por ter sido criado por autoridade constitucionalmente competente e sob a forma que a Constituição prescreve para a sua perfeita integração; inconstitucional será o ato que incorrer em sanção – de nulidade ou de anulabilidade – por desconformidade com o ordenamento constitucional[95].

Finalmente, cumpre advertir que os conceitos de constitucionalidade ou inconstitucionalidade não abrangem, tradicionalmente, toda conformidade ou desconformidade com a Constituição, referindo-se, propriamente, a atos ou omissões dos Poderes Públicos.

A violação da ordem constitucional por entes privados, embora relevantes do prisma do direito constitucional, não se equipararia, segundo esse entendimento, à ofensa perpetrada pelos órgãos públicos, destinatários primeiros de seus comandos normativos[96].

3. Defesa e proteção da Constituição

3.1. Considerações preliminares

O reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força

vinculante em relação aos Poderes Públicos torna inevitável a discussão sobre formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos.

As formas de controle de constitucionalidade são as mais diversas:

Quanto ao órgão – *quem controla* – pode-se ter: a) controle político; b) controle jurisdicional; c) controle misto.

Cogita-se de controle de constitucionalidade político, também chamado modelo de controle francês, quando a atividade de controle de constitucionalidade é exercida por órgão político e não por órgão jurisdicional.

Assim, o controle de constitucionalidade realizado nas Casas Legislativas, pelas Comissões de Constituição e Justiça ou pelas demais comissões, enquadra-se nessa categoria.

Também o veto oposto pelo Executivo a projeto de lei, com fundamento em inconstitucionalidade da proposição legislativa, configura típico exemplo de controle de constitucionalidade político (CF, art. 66, § 1º).

Quanto ao modo ou à forma de controle, ele pode ser:

a) incidental ou b) principal.

No controle incidental a inconstitucionalidade é arguida no contexto de um processo ou ação judicial, em que a questão da inconstitucionalidade configura um incidente, uma questão prejudicial que deve ser decidida pelo Judiciário. Cogita-se também de inconstitucionalidade pela via da exceção, uma vez que o objeto da ação não é o exame de constitucionalidade da lei.

Em geral, associa-se o controle incidental ao modelo difuso, tendo em vista a forma processual própria desse modelo derivado do sistema americano. Canotilho anota, porém, que o modelo português de controle de constitucionalidade admite o controle incidental exercido pela Corte Constitucional[97].

O controle principal permite que a questão constitucional seja suscitada autonomamente em um processo ou ação principal, cujo objeto é a própria inconstitucionalidade da lei. Em geral, admite-se a utilização de ações diretas de inconstitucionalidade ou mecanismos de impugnação *in abstracto* da lei ou ato normativo.

Quanto ao *momento do controle*, ele pode ser:

a) preventivo e b) repressivo ou sucessivo.

O controle preventivo efetiva-se antes do aperfeiçoamento do ato normativo. Modelo clássico de controle preventivo é o exercido pelo Conselho Constitucional francês. Tem-se, por provocação de diversos órgãos, o controle de constitucionalidade de projetos de lei[98]. Hodiernamente, defende-se também o controle preventivo de tratados internacionais, tendo em vista as consequências que podem decorrer da declaração de inconstitucionalidade[99].

Com a Lei de reforma constitucional n. 724, de 23 de julho de 2008, que teve por escopo "a modernização das instituições da V República", a França passa a contar com um sistema repressivo de controle de constitucionalidade. Ao lado do art. 61 da Constituição francesa de 1958 foi adicionado o art. 61-1, que autoriza o Conselho Constitucional, em face de uma disposição de lei que "atente contra os direitos e liberdades que a Constituição garante", e quando provocado pelo Conselho de Estado ou pela Corte de Cassação, a declarar a inconstitucionalidade da norma. Ainda mais significativo da evolução do sistema francês de controle da legitimidade da lei, foi a previsão de mecanismo análogo a nossa modulação de efeitos (Lei n. 9.868/99, art. 27). Uma alínea foi incluída no art. 62 da Constituição de 1958, dispondo que "uma disposição declarada inconstitucional com fundamento no art. 61-1 fica revogada a partir da publicação da decisão do Conselho Constitucional ou a partir da data fixada na decisão".

Exemplos de controle preventivo de constitucionalidade, no nosso sistema constitucional, são as atividades de controle dos projetos e proposições exercidas pelas Comissões de Constituição e Justiça das Casas do Congresso e o veto pelo Presidente da República com fundamento na inconstitucionalidade do projeto (CF, art. 66, § 1º).

No sistema brasileiro, admite-se o controle judicial preventivo, nos casos de mandado de segurança impetrado por parlamentar com objetivo de impedir a tramitação de projeto de emenda constitucional lesiva às cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º)[100].

Em regra, porém, o modelo judicial é de feição repressiva. Somente se admite, em princípio, a instauração do processo de controle após a promulgação da lei ou mesmo de sua entrada em vigor. Na ação direta de inconstitucionalidade exige-se que tenha havido pelo menos promulgação

da lei[101].

3.2. Notas sobre os modelos jurisdicionais de controle de constitucionalidade

Desenvolvido a partir de diferentes concepções filosóficas e de experiências históricas diversas, o controle judicial de constitucionalidade continua a ser dividido, para fins didáticos, em modelo difuso e modelo concentrado, ou, às vezes, entre sistema americano e sistema austríaco ou europeu de controle.

Essas concepções aparentemente excludentes acabaram por ensejar o surgimento dos modelos mistos, com combinações de elementos dos dois sistemas básicos (v. g., o sistema brasileiro e o sistema português).

É certo, por outro lado, que o desenvolvimento desses dois modelos básicos aponta em direção a uma aproximação ou convergência a partir de referenciais procedimentais e pragmáticos.

Assim, o controle jurisdicional é aquele exercido por órgão integrante do Poder Judiciário ou por Corte Constitucional. Pode ser:

a) concentrado (também chamado austríaco); b) difuso (também chamado americano); c) misto.

O controle concentrado de constitucionalidade (austríaco ou europeu) defere a atribuição para o julgamento das questões constitucionais a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional. O controle de constitucionalidade concentrado tem ampla variedade de organização, podendo a própria Corte Constitucional ser composta por membros vitalícios ou por membros detentores de mandato, em geral, com prazo bastante alargado.

Referido modelo adota as ações individuais para a defesa de posições subjetivas e cria mecanismos específicos para a defesa dessas posições, como a atribuição de eficácia *ex tunc* da decisão para o caso concreto que ensejou a declaração de inconstitucionalidade do sistema austríaco. Especialmente a Emenda Constitucional de 7-12-1929 introduziu mudanças substanciais no modelo de controle de constitucionalidade formulado na Constituição austríaca de 1920.

Passou-se a admitir que o Supremo Tribunal de Justiça (*Oberster*

Gerichtshof) e o Tribunal de Justiça Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*) elevem a controvérsia constitucional concreta perante a Corte Constitucional. Rompe-se com o monopólio de controle da Corte Constitucional, passando aqueles órgãos judiciais a ter um juízo provisório e negativo sobre a matéria[102]. Essa tendência seria reforçada posteriormente com a adoção de modelo semelhante na Alemanha, Itália e Espanha.

Em verdade, tal sistema tornou o juiz ou tribunal um ativo participante do controle de constitucionalidade, pelo menos na condição de órgão incumbido da provocação[103]. Tal aspecto acaba por mitigar a separação entre os dois sistemas básicos de controle.

O sistema americano, por seu turno, perde em parte a característica de um modelo voltado para a defesa de posições exclusivamente subjetivas e adota uma modelagem processual que valora o interesse público em sentido amplo. A abertura processual largamente adotada pela via do *amicus curiae* amplia e democratiza a discussão em torno da questão constitucional. A adoção de um procedimento especial para avaliar a relevância da questão, o *writ of certiorari,* como mecanismo básico de acesso à Corte Suprema e o reconhecimento do efeito vinculante das decisões por força do *stare decisis* conferem ao processo natureza fortemente objetiva.

O controle de constitucionalidade difuso ou americano assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional.

Esse modelo de controle de constitucionalidade desenvolve-se a partir da discussão encetada na Suprema Corte americana, especialmente no caso *Marbury v. Madison,* de 1803. A ruptura que a *judicial review* americana consagra com a tradição inglesa a respeito da soberania do Parlamento vai provocar uma mudança de paradigmas. A simplicidade da forma – reconhecimento da competência para aferir a constitucionalidade ao juiz da causa – vai ser determinante para a sua adoção em diversos países do mundo.

Finalmente, o controle misto de constitucionalidade congrega os dois sistemas de controle, o de perfil difuso e o de perfil concentrado. Em geral, nos modelos mistos defere-se aos órgãos ordinários do Poder Judiciário a prerrogativa de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais,

mas se reconhece a determinado órgão de cúpula – Tribunal Supremo ou Corte Constitucional – a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou concentrado. Talvez os exemplos mais eminentes desse modelo misto sejam o modelo português, no qual convivem uma Corte Constitucional e os órgãos judiciais ordinários com competência para aferir a legitimidade da lei em face da Constituição, e o modelo brasileiro, em que se conjugam o tradicional modelo difuso de constitucionalidade, adotado desde a República, com as ações diretas de inconstitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e representação interventiva), da competência do Supremo Tribunal Federal.

Em diferentes conformações, os sistemas de controle de constitucionalidade ganharam o mundo, estando presentes hoje em número elevado de países. Até países que recusavam terminantemente a adoção da jurisdição constitucional parecem dar sinais, por vias diversas, de plena aceitação do instituto.

Na França, o Conselho Constitucional, criado pela Constituição de 1958, vem adotando gradualmente postura que, em muitos aspectos, aproxima-o de um órgão de jurisdição constitucional[104].

Também a Bélgica instituiu, em 1980, um Tribunal arbitral (*Schiedgerichtshof*) que se incumbe da solução de controvérsias federativas. Na Bélgica, na Holanda e em Luxemburgo, embora não se reconheça a Constituição como parâmetro de controle das leis, admite-se o controle de legitimidade das leis em face da Convenção Europeia de Direitos Humanos[105].

Também o Reino Unido vem dando mostras de uma revisão de conceitos. O Parlamento já não se mostra um soberano absoluto. O *European Communities Act*, de 1972, atribuiu hierarquia superior ao direito comunitário em face de leis formais aprovadas pelo Parlamento. Essa orientação tornou-se realidade no caso *Factortame Ltd. v. Secretary of State for Transport* (N.2) [1991][106]. Com a aprovação do *Human Rights Act*, em 1998, confiou-se aos Tribunais britânicos a aferição da legitimidade das leis em face das disposições da Convenção de Direitos Humanos. Embora não se declare a nulidade ou a invalidade da lei, pode-se constatar a incompatibilidade e assegurar à parte uma indenização[107]. Daí

identificarem-se também no Reino Unido os contornos de uma jurisdição constitucional de caráter geral ou não especializada[108].

É certo, por outro lado, que na própria Comunidade Europeia, antes mesmo de se cogitar da promulgação de uma Constituição europeia, vinha-se desenvolvendo um sistema de controle de atos comunitários em face dos atos básicos da Comunidade e dos direitos fundamentais, ali compreendidos como princípios gerais de direito. É ampla a possibilidade de provocação do Tribunal de Justiça. Estão legitimados para propor ação o Conselho, a Comissão, os Estados-membros (art. 230, 2) e também as pessoas naturais ou jurídicas, desde que afetadas direta e individualmente por ação ou regulamento da Comunidade (art. 230, 4)[109]. O Tratado de Maastricht estabeleceu no art. 234[110] a necessidade de que, em caso de dúvida sobre a legitimidade de ato comunitário, o juiz local suscite a controvérsia perante o Tribunal de Justiça Europeu. Trata-se de providência que guarda estrita semelhança com o processo de controle concreto do sistema concentrado[111].

Também a Corte Europeia de Direitos Humanos, sediada em Estrasburgo, desempenha um papel muito similar ao das Cortes Constitucionais nacionais, especialmente no que concerne à questão da defesa dos direitos humanos na Europa. Embora se aponte como déficit no procedimento da Corte Europeia a ausência de decisão de caráter cassatório, afigura-se inequívoco que "o efeito do juízo de constatação" (*Feststellungswirkung*) e a outorga de uma indenização adequada (Convenção, art. 41) acabam por produzir um resultado satisfatório no caso concreto[112].

3.3. Os diferentes tipos de inconstitucionalidade

3.3.1. Considerações preliminares

A doutrina constitucional esforça-se por estabelecer uma adequada classificação dos diferentes tipos ou manifestações de inconstitucionalidade. E a dogmática tradicional se enriquece, a cada dia, com novas distinções, elaboradas pelos doutrinadores, ou identificadas na cotidiana atividade dos tribunais.

Como já visto, procede-se à distinção entre a inconstitucionalidade formal ou orgânica e a inconstitucionalidade material, tendo em vista considerações relativas ao conteúdo da norma ou às regras de caráter

procedimental[113].

Cogita-se, igualmente, da chamada inconstitucionalidade por ação e da inconstitucionalidade por omissão. A inconstitucionalidade por ação pressupõe uma conduta positiva do legislador, que se não compatibiliza com os princípios constitucionalmente consagrados. Ao revés, a inconstitucionalidade por omissão decorre, fundamentalmente, de uma lacuna inconstitucional (*verfassungswidrige Lücke)* ou do descumprimento da obrigação constitucional de legislar (*Nichterfüllung von Gesetzgebungsaufträgen*)[114].

Alguns doutrinadores contemplam, também, a distinção entre inconstitucionalidade originária e inconstitucionalidade superveniente, considerando os diversos momentos de edição das normas constitucionais e as eventuais mudanças ocorridas na situação fática imperante quando da edição da lei[115].

Registra a doutrina, ainda, a existência da chamada inconstitucionalidade de normas constitucionais (*verfassungswidrige Verfassungsnormen*). Aqui, identificam-se duas correntes: a) uma que admite a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias; b) outra que sugere, apenas, a possibilidade de contradição entre as normas constitucionais iniciais e outras, oriundas de processo de revisão ou de emenda[116].

Não se deve omitir a complexa questão atinente ao processo de inconstitucionalização da norma constitucional (*der Prozess des Verfassungswidrigwerdens von Gezetzen*) e suas consequências sob a ótica da dogmática jurídica[117].

3.3.2. Inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material

Costuma-se proceder à distinção entre inconstitucionalidade formal e material, tendo em vista a origem do defeito que macula o ato questionado.

3.3.2.1 *Inconstitucionalidade formal*

Os vícios formais afetam o ato normativo singularmente considerado, sem atingir seu conteúdo, referindo-se aos pressupostos e procedimentos relativos à formação da lei.

Os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência. Nesses casos, viciado é o ato nos seus

pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final[118].

No direito constitucional brasileiro, lavrou-se intensa controvérsia sobre a eficácia convalidatória da sanção aposta pelo Chefe do Executivo a projetos eivados pela usurpação de iniciativa reservada. Respeitável corrente doutrinária, integrada por Themístocles Cavalcanti, Seabra Fagundes, Pontes de Miranda e José Afonso da Silva, emprestou adesão à tese da convalidação. Outros, como Francisco Campos, Caio Tácito e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, perfilharam orientação diversa[119].

Segundo José Afonso da Silva, "a regra de reserva tem como fundamento pôr na dependência do titular da iniciativa a regulamentação dos interesses vinculados a certas matérias. Não se trata de adotar aqui a tendência que distingue as cláusulas constitucionais em diretórias e mandatoriais. Pois, a regra da reserva é imperativa no que tange a subordinar a formação da lei à vontade exclusiva do titular da iniciativa. Ora, essa vontade pode atuar em dois momentos: no da iniciativa e no da sanção. Faltando a sua incidência, o ato é nulo; mas se ela incidir com sanção, satisfeita estará a razão da norma de reserva"[120].

Esse entendimento logrou ser referendado pelo Supremo Tribunal Federal, consagrando-se, inicialmente, que a falta de iniciativa do Executivo fica sanada com a sanção do projeto de lei[121]. Na vigência da Constituição de 1967/69, estabeleceu-se orientação contrária, afirmando-se que a sanção não mais supre a falta de iniciativa, *ex vi* do art. 57, parágrafo único[122].

Sob o império da Constituição de 1988 discutiu-se a legitimidade de lei estadual que não teria observado o disposto no art. 169. A Corte chegou à conclusão de que aqui não se cuidava de questão da validade, mas, tão somente, de questão de eficácia do diploma legislativo.

Afirma-se, tradicionalmente, a impossibilidade de se apreciar, no juízo de constitucionalidade, as questões *interna corporis* das Casas Legislativas. A matéria aparece revestida, não raras vezes, de um conteúdo místico, de uma pretensa indenidade dos atos internos do Congresso à investigação judicial. A consolidação do sistema de controle, com amplo poder para julgar as questões constitucionais, coloca em dúvida a exatidão desse entendimento. Se as leis ou as emendas constitucionais são passíveis de apreciação no juízo de constitucionalidade, não se afigura plausível assegurar indenidade aos regimentos internos das Casas Legislativas[123].

No direito brasileiro, reconhece-se, igualmente, a não censurabilidade dos atos exclusivamente *interna corporis*. Assim, o Supremo Tribunal Federal tem assentado, v. g., que "matéria relativa à interpretação de normas de regimento legislativo é imune à crítica judiciária, circunscrevendo-se no domínio *interna corporis*"[124]. Posteriormente a Corte passou a entender que se a questão discutida disser respeito ao processo legislativo previsto na Constituição Federal, principalmente no que for atinente ao trâmite de emenda constitucional (art. 60), é possível a discussão judicial, uma vez que ela passa a ter estatura de controvérsia constitucional. Outrossim, norma regimental ofensiva à Constituição também autoriza o exame judicial[125].

Como acentuado, não se infirma a aferição da regularidade formal da lei, nos termos estabelecidos pelo Texto Magno. O controle de constitucionalidade não se mostra adequado, porém, a obstar a tramitação do projeto de lei ou de proposta de emenda constitucional, considerando-se que a violação só ocorrerá depois de o projeto se transformar em lei ou de a proposta de emenda vir a ser aprovada[126]. Nesse sentido, observou o Ministro Moreira Alves que, nesses casos, "a inconstitucionalidade (...) não será quanto ao processo da lei ou da emenda, mas, ao contrário, será da própria lei ou da própria emenda, razão por que só poderá ser atacada depois da existência de uma ou de outra"[127].

3.3.2.2. *Inconstitucionalidade material*

Os vícios materiais dizem respeito ao próprio conteúdo ou ao aspecto substantivo do ato, originando-se de um conflito com regras ou princípios estabelecidos na Constituição[128].

A inconstitucionalidade material envolve, porém, não só o contraste direto do ato legislativo com o parâmetro constitucional, mas também a aferição do desvio de poder ou do excesso de poder legislativo[129].

É possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno. Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade, isto é, de se proceder à censura sobre a adequação e a necessidade do ato legislativo[130].

O excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito da discricionariedade

legislativa ou, como assente na doutrina alemã, na esfera de liberdade de conformação do legislador (*gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*)[131].

Como se vê, a inconstitucionalidade por excesso de poder legislativo introduz delicada questão relativa aos limites funcionais da jurisdição constitucional. Não se trata, propriamente, de sindicar os motivos internos da vontade do legislador (*motivi interiori della volizione legislativa*)[132]. Também não se cuida de investigar, exclusivamente, a finalidade da lei, invadindo seara reservada ao Poder Legislativo. Isso envolveria o próprio mérito do ato legislativo[133].

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) assentou, em uma de suas primeiras decisões (23-10-1951), que a sua competência cingia-se à apreciação de legitimidade de uma norma, sendo-lhe defeso cogitar de sua conveniência. Todavia, "a questão sobre a liberdade discricionária outorgada ao legislador, bem como sobre os limites dessa liberdade, é uma questão jurídica suscetível de aferição judicial"[134].

O conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz, a um só tempo, ideia de liberdade e de limitação. Reconhece-se ao legislador o *poder de conformação* dentro de limites estabelecidos pela Constituição. E, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas[135]. Veda-se, porém, o excesso de poder, em qualquer de suas formas (*Verbot der Ermessensmissbrauchs; Verbot der Ermessensüberschreitung*). Por outro lado, o poder discricionário de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar. A omissão legislativa parece equiparável, nesse passo, ao excesso de poder legislativo[136].

A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (*Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermassverbot*), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência, e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins[137]. No direito constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade ou ao princípio da proibição de excesso, qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de Direito[138].

A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no Direito constitucional envolve, como observado, a apreciação da necessidade (*Erforderlichkeit*) e adequação (*Geeignetheit*) da providência

legislativa.

Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado), já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, naqueles casos em que o Estado não pode deixar de proteger de forma adequada esses direitos[139].

Dessa forma, para além da costumeira compreensão do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (já fartamente explorada pela doutrina e jurisprudência pátrias), há outra faceta desse princípio, a qual abrange uma série de situações, dentre as quais é possível destacar a da proibição de proteção insuficiente de determinada garantia fundamental.

3.3.3. Inconstitucionalidade originária e superveniente

3.3.3.1. *Considerações preliminares*

Procede-se à distinção entre inconstitucionalidade originária e inconstitucionalidade superveniente tendo em vista os diversos momentos da edição das normas constitucionais.

Se a norma legal é posterior à Constituição, tem-se um caso típico de inconstitucionalidade (inconstitucionalidade). Se se cuida, porém, de contradição entre a norma constitucional superveniente e o direito ordinário pré-constitucional, indaga-se se seria caso de inconstitucionalidade ou de mera revogação.

Considera-se, igualmente, que lei editada em compatibilidade com a ordem constitucional pode vir a tornar-se com ela incompatível em virtude de mudanças ocorridas nas relações fáticas ou na interpretação constitucional[140].

Essas questões têm enorme relevância prática, pois repercutem diretamente sobre a competência dos órgãos judiciais incumbidos de dirimi-las. Se eventual conflito entre o direito pré-constitucional e o direito constitucional superveniente resolve-se no plano do direito intertemporal, há de se reconhecer a competência de todos os órgãos jurisdicionais para apreciá-lo. Ao revés, se se cuida de questão de inconstitucionalidade, a atribuição deverá ser exercida pelos órgãos jurisdicionais especiais competentes para dirimir controvérsias dessa índole, segundo a forma

adequada.

A distinção entre inconstitucionalidade originária e superveniente depende, fundamentalmente, do próprio sistema adotado, podendo entender-se que a superveniência de norma constitucional importa na derrogação do direito anterior com ela incompatível. E, nesse caso, a questão deixa de ser matéria de controle de constitucionalidade e passa a ser considerada, com todas as suas implicações, no âmbito de direito intertemporal[141].

Alguns doutrinadores consideram que a situação de incompatibilidade entre uma norma legal e um preceito constitucional superveniente traduz uma valoração negativa da ordem jurídica, devendo, por isso, ser caracterizada como inconstitucionalidade, e não simples revogação[142].

Da controvérsia sobre a caracterização do conflito entre o direito anterior e a Constituição ocupou-se o Tribunal Constitucional italiano, de início, tendo firmado o entendimento "no sentido de que todo contraste entre uma lei anterior e a Constituição produz, antes de uma ab-rogação, uma ilegitimidade constitucional"[143]. Também a Constituição portuguesa, de 1976, consagra o controle de constitucionalidade do direito anterior (art. 282º, n. 4)[144].

Outros ordenamentos constitucionais, como o alemão, de 1919 e de 1949, e o brasileiro, de 1891, de 1934 e de 1937 (arts. 83, 187 e 183), consagraram, de modo expresso, as chamadas normas de recepção (*Rezeptionsnorm*), que contêm, fundamentalmente, duas disposições: a) o direito vigente antes da promulgação da Constituição deve continuar a vigorar *en bloc*; b) o direito incompatível com a Constituição terá a sua vigência interrompida com a entrada em vigor de novo texto constitucional[145]. Nesse sentido, estabeleceu-se, no art. 178, § 2º, da Constituição de Weimar, que "as demais leis e regulamentos continuam em vigor, desde que não estejam em contradição com a Constituição".

Tais cláusulas de recepção ensejaram o entendimento segundo o qual a colisão de normas não haveria de ser considerada em face do princípio da supremacia da Constituição, e sim tendo em vista a força derrogatória da *lex posterior*. O próprio Tribunal Constitucional alemão considera que o dever de suscitar a questão de inconstitucionalidade, no controle concreto de normas, adstringe-se às leis posteriores à Constituição[146]. Em verdade, o *Bundesverfassungsgericht* parece ter-se valido aqui de uma solução de

compromisso para compatibilizar posições antagônicas. O Tribunal entende que a expressão *lei* (*Gesetz*), contida no art. 100, I, que disciplina o controle concreto de normas, refere-se, tão somente, às leis em sentido formal editadas após a promulgação da Constituição (*nachkonstitutionelles Gesetz*)[147].

Dessarte, os juízes e tribunais ordinários não estão compelidos a submeter ao Tribunal Constitucional as questões atinentes à compatibilidade entre o direito anterior e a Lei Fundamental, uma vez que não se vislumbra qualquer risco para a autoridade do legislador constitucional. E essa autoridade não seria afetada em caso de simples constatação de incompatibilidade segundo o princípio *lex posterior derogat priori*[148]. Ao revés, o controle abstrato de normas, previsto no art. 93, par. 1º, n. 2, da Lei Fundamental, que pressupõe divergência ou dúvida sobre a compatibilidade formal ou material de direito federal ou estadual com a Lei Fundamental, pode ter como objeto direito anterior ou superveniente à Constituição[149].

Como se vê, a questão transcende o âmbito meramente acadêmico, assumindo nítido interesse prático. Se se trata de matéria de direito intertemporal, dispensável se afigura a adoção dos procedimentos aplicáveis à declaração de inconstitucionalidade, podendo qualquer juiz, ao apreciar um caso concreto, deixar de aplicar a lei anterior. A matéria refugirá, pois, ao âmbito de juízo de constitucionalidade, situando-se na esfera da simples aplicação do direito (*Rechtsanwendungsrecht*)[150].

Se, ao revés, a incompatibilidade entre uma disposição legal e uma norma constitucional caracteriza uma inconstitucionalidade, o tema há de ser apreciado pelas Cortes Constitucionais, se for o caso, tomando-se todas as cautelas inerentes ao processo de declaração de inconstitucionalidade. Daí asseverar Victor Nunes Leal que "o problema não é bizantino, porque a Constituição exige maioria qualificada para a declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais (art. 200) e permite que o Senado suspenda, no todo ou em parte, a execução da lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 64)"[151].

A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal, sob a Constituição de 1967/69, não deixava dúvida de que a compatibilidade do direito anterior com norma constitucional superveniente haveria de ser aferida no âmbito do direito intertemporal[152]. Assim, na Rp. 946, o Supremo Tribunal

reconheceu que o art. 902, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho havia sido revogado pela Carta Magna de 1946[153]. Também na Rp. 969, constatou o Tribunal a derrogação dos arts. 75, § 1º, da Lei n. 1.341, de 30-1-1951, e 27, § 1º, da Lei n. 4.737, de 15-7-1965, pelo art. 125 da Constituição Federal de 1967[154]. E, na Rp. 1.012, não se conheceu da arguição de inconstitucionalidade relativa à Lei n. 5.048, de 22-12-1958, do Estado de São Paulo, tendo o Ministro Moreira Alves ressaltado que "a lei ordinária anterior, ainda que em choque com a Constituição vigorante quando de sua promulgação, ou está em conformidade com a Constituição atual, e, portanto, não está em desarmonia com a ordem jurídica vigente, ou se encontra revogada pela Constituição em vigor, se com ela incompatível"[155].

Não parecia subsistir dúvida, pois, quanto ao efeito derrogatório, no processo de contrariedade entre norma constitucional superveniente e o direito ordinário em vigor no regime de 1967/69.

A Constituição brasileira de 1988 não tratou expressamente da questão relativa à constitucionalidade do direito pré-constitucional. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que se desenvolveu sob a vigência da Constituição de 1967/69, tratava dessa colisão, tal como já mencionado, com base no princípio da *lex posterior derogat priori*.

Já sob o império da nova Constituição teve o Supremo Tribunal Federal oportunidade de discutir amplamente a questão na ADIn 2, da relatoria do Ministro Paulo Brossard. Embora o tema tenha suscitado controvérsia, provocada pela clara manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence em favor da revisão da jurisprudência consolidada do Tribunal[156], prevaleceu a tese tradicional, esposada pelo Ministro Paulo Brossard.

Em síntese, são os seguintes os argumentos expendidos pelo Ministro Brossard:

> "Disse-se que a Constituição é a lei maior, ou a lei suprema, ou a lei fundamental, e assim se diz porque ela é superior à lei elaborada pelo poder constituído. Não fora assim e a lei a ela contrária, obviamente posterior, revogaria a Constituição sem a observância dos preceitos constitucionais que regulam sua alteração.
>
> Decorre daí que a lei só poderá ser inconstitucional se estiver em litígio com a Constituição sob cujo pálio agiu o legislador. A correção do ato

legislativo, ou sua incompatibilidade com a lei maior, que o macula, há de ser conferida com a Constituição que delimita os poderes do Poder Legislativo que elabora a lei, e a cujo império o legislador será sujeito. E em relação a nenhuma outra.

O legislador não deve obediência à Constituição antiga, já revogada, pois ela não existe mais. Existiu, deixou de existir. Muito menos a Constituição futura, inexistente, por conseguinte, por não existir ainda. De resto, só por adivinhação poderia obedecê-la, uma vez que futura e, por conseguinte, ainda inexistente.

É por esta singelíssima razão que as leis anteriores à Constituição não podem ser inconstitucionais em relação a ela, que veio a ter existência mais tarde. Se entre ambas houver inconciliabilidade, ocorrerá revogação, dado que, por outro princípio elementar, a lei posterior revoga a lei anterior com ela incompatível e a lei constitucional, como lei que é, revoga as leis anteriores que se lhe oponham"[157].

A despeito das objeções bem fundamentadas suscitadas pelo Ministro Pertence – firme na convicção de que recusar a via da ação direta para aferir a constitucionalidade das normas anteriores à Constituição é expurgar do STF missão e responsabilidade que são suas, bem como de que qualificar de revogação o fenômeno de comparação da compatibilidade entre uma norma e a Constituição não exclui a possibilidade de também entendê-lo como controle de constitucionalidade, portanto, sindicável pela via da ação direta perante a Corte Constitucional – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal continua a entender que a questão da inconstitucionalidade somente se põe quando se cuida de lei posterior à Constituição.

Anote-se, todavia, que, em julgamento realizado em 1º-8-2006, o Tribunal rejeitou a preliminar de não conhecimento da ADI 3.619[158], proposta contra os arts. 34, § 1º, e 170, I, da Consolidação do Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Ressaltou o relator, Ministro Eros Grau, que os preceitos impugnados, embora reproduzissem normas assemelhadas veiculadas originalmente na Resolução n. 576/70, estavam inseridos no Ato n. 1, de 2005, que consolidou, em texto único, diversas resoluções anteriores. É, portanto, afirma, "posterior à vigente Constituição do Brasil, sendo revestido de autonomia suficiente para ser submetido ao controle concentrado de constitucionalidade". Nas palavras de Pertence, proferidas no mencionado julgamento "uma norma pré-

constitucional, ao se incorporar a um diploma pós-constitucional, que a poderia alterar, transforma-se em norma pós-constitucional, de modo a admitir, conforme a jurisprudência do Supremo, o controle abstrato".

Observe-se, ainda, que, ao apreciar a ADI 3.833[159], que impugnou o Decreto Legislativo n. 444/2003 em face da EC n. 41/2003, o Tribunal houve por bem afirmar que, a despeito de se cuidar de direito pré-constitucional, poderia a Corte reexaminar incidentalmente, em controle abstrato, a revogação ou não recepção do direito anterior.

Trata-se de uma reorientação jurisprudencial quanto ao tema.

O tema, porém, perde a relevância prática, com o advento da Lei n. 9.982/99, que, ao regulamentar a ADPF, admitiu o exame direto da legitimidade do direito pré-constitucional em face da norma constitucional superveniente[160].

3.3.3.2. *Vício formal: inconstitucionalidade originária*

Se a controvérsia relativa aos aspectos materiais do ato assume o caráter de uma autêntica *vexata quaestio*, parece dominar maior uniformidade, na doutrina, no que tange aos aspectos formais. Assenta-se que, no tocante aos pressupostos de índole formal, há de prevalecer o princípio do *tempus regit actum*[161].

No mesmo sentido, assevera García de Enterría que "essa inconstitucionalidade superveniente há de referir-se precisamente à contradição dos princípios materiais da Constituição, e, não, às regras formais da elaboração das leis que a Constituição estabelece no momento presente"[162].

No Direito português, não se coloca em dúvida, igualmente, a intangibilidade dos pressupostos dos atos legislativos adotados em face de lei constitucional superveniente[163]. Ressalta Canotilho que "a inconstitucionalidade superveniente refere-se, em princípio, à contradição dos actos normativos com as normas e princípios materiais da Constituição e não à contradição com as regras formais ou processuais do tempo da sua elaboração"[164].

Da mesma forma, a matéria parece isenta de maiores controvérsias entre nós. Sepúlveda Pertence, ainda como Procurador-Geral da República, enfatizou, em parecer de 10-3-1987, que a aferição originária do vício formal "*é verdade tão axiomática que poucos autores se preocupam em*

explicitá-la”[165].

Concluiu Sepúlveda Pertence:

> “Assim, ninguém discute, o Código Comercial, de 1850, sobrevive incólume à queda do Império, a cuja Constituição se submetera a sua elaboração legislativa. Assim, também, o advento da Constituição de 1946, que não admitia decretos-leis, não prejudicou a constitucionalidade formal dos que se haviam editado sob o Estado Novo. De igual modo, é óbvio, a EC 6/63, abolindo a delegação legislativa, não afetou a validade formal da questionada LD 4/62, editada no exercício de delegação, ao seu tempo, permitida”[166].

Não deixa, todavia, de provocar dúvida a caracterização da *incompetência superveniente* do órgão legiferante, mormente nos regimes de índole federativa[167]. Cuidar-se-ia aqui de defeito formal ou material?

A Corte Constitucional italiana tem reconhecido a vigência das leis estatais anteriores que disciplinam matéria agora reservada à legislação regional, admitindo a sua integração no ordenamento regional até a promulgação de lei nova (princípio da continuidade)[168].

No Direito alemão, a matéria mereceu especial atenção do constituinte (Lei Fundamental, arts. 124 a 126), que outorgou ao Tribunal Constitucional a competência para dirimir eventuais dúvidas sobre a vigência de lei como direito federal (art. 126). Portanto, cabe à Corte Constitucional aferir, no âmbito do controle concreto ou abstrato de normas, a vigência de lei pré-constitucional como direito federal. Não se trata, pois, de verificar a validade, mas a qualidade da norma. “A validade da norma – diz Pestalozza – pode constituir uma questão preliminar, mas não o objeto principal do processo”[169].

Assim, tanto pode o Tribunal concluir que a lei foi revogada por contrariar dispositivo constitucional quanto reconhecer a sua insubsistência como direito federal, ou constatar a vigência enquanto direito federal[170].

Entre nós, a referência ao tema parece limitada aos estudos de Pontes de Miranda, que formula as seguintes proposições:

> “Sempre que a Constituição dá à União a competência sobre certa matéria e havia legislação anterior, federal e local, em contradição, a Constituição ab-rogou ou derrogou a legislação federal ou local, em choque com a

regra jurídica de competência. Não se precisa, para se decidir em tal sentido, que se componha a maioria absoluta do art. 116. Se a legislação, que existia, era só estadual, ou municipal, e a Constituição tornou de competência legislativa federal a matéria, a superveniência da Constituição faz contrário à Constituição qualquer ato de aplicação dessa legislação, no que ela, com a nova regra jurídica de competência, seria sem sentido. A maioria do art. 116 não é necessária. Aliter, se só há a ab-rogação ou a derrogação, se inconstitucional a continuação da incidência; e. g., se antes de ser estadual, ou municipal, fora federal (discute-se se há repristinação ou inconstitucionalidade). Se havia legislação federal e estadual e a competência passou a ser, tão só, do Estado-membro, ou do Município, a legislação federal persiste, estadualizada, ou municipalizada, respectivamente, até que o Estado-membro ou o Município a ab-rogue, ou derrogue"[171].

Evidentemente, não há cogitar de uma federalização de normas estaduais ou municipais, por força de alteração na regra de competência. Nesse caso, há de se reconhecer eficácia derrogatória à norma constitucional que tornou de competência legislativa federal matéria anteriormente afeta ao âmbito estadual ou municipal.

Todavia, se havia legislação federal, e a matéria passou à esfera de competência estadual ou municipal, o complexo normativo promulgado pela União subsiste estadualizado ou municipalizado, até que se proceda à sua derrogação por lei estadual ou municipal. É o que parece autorizar o próprio princípio da continuidade do ordenamento jurídico[172].

3.3.3.3. *Configuração da inconstitucionalidade e mudança nas relações fáticas ou jurídicas*

A doutrina admite a caracterização da inconstitucionalidade da lei tendo em vista significativa alteração das relações fáticas.

Assim, a norma legal que não podia ser acoimada de inconstitucional, ao tempo de sua edição, torna-se suscetível de censura judicial em virtude de uma profunda mudança nas relações fáticas, configurando o processo de inconstitucionalização (*der Prozess des Verfassungswidrigwerdens)*[173].

A dogmática jurídica limita-se a distinguir os atos constitucionais dos atos inconstitucionais. A declaração de inconstitucionalidade supõe a simples declaração ou o singelo reconhecimento de uma situação preexistente. O

processo de inconstitucionalização (*Verfassungswidrigwerden*) não se coloca como alternativa dogmática, salvo quando resultante de uma mudança das relações fáticas. Eventual alteração no entendimento jurisprudencial, com a consequente afirmação da inconstitucionalidade de uma situação, até então considerada constitucional, não autoriza a caracterização da inconstitucionalidade superveniente[174]. Esforça-se por contornar o inevitável embaraço decorrente desse modelo, afirmando que a mudança no entendimento jurisprudencial ensejou apenas o reconhecimento da inconstitucionalidade, anteriormente configurada[175].

Talvez um dos temas mais ricos da teoria do direito e da moderna teoria constitucional seja aquele relativo à evolução da jurisprudência e, especialmente, a possível mutação constitucional, decorrente de uma nova interpretação da Constituição. Se a sua repercussão no plano material é inegável, são inúmeros os desafios no plano do processo em geral e, sobretudo, do processo constitucional.

Nesse sentido, vale registrar a douta observação de Larenz:

> "De entre os factores que dão motivo a uma revisão e, com isso, frequentemente, a uma modificação da interpretação anterior, cabe uma importância proeminente à alteração da situação normativa. Trata-se a este propósito de que as relações fácticas ou usos que o legislador histórico tinha perante si e em conformidade aos quais projectou a sua regulação, para os quais a tinha pensado, variaram de tal modo que a norma dada deixou de se 'ajustar' às novas relações. É o factor temporal que se faz notar aqui. Qualquer lei está, como facto histórico, em relação actuante com o seu tempo. Mas o tempo também não está em quietude; o que no momento da gênese da lei actuava de modo determinado, desejado pelo legislador, pode posteriormente actuar de um modo que nem sequer o legislador previu, nem, se o pudesse ter previsto, estaria disposto a aprovar. Mas, uma vez que a lei, dado que pretende ter também validade para uma multiplicidade de casos futuros, procura também garantir uma certa constância nas relações inter-humanas, a qual é, por seu lado, pressuposto de muitas disposições orientadas para o futuro, nem toda a modificação de relações acarreta por si só, de imediato, uma alteração do conteúdo da norma. Existe a princípio, ao invés, uma relação de tensão que só impele a uma solução — por via de uma interpretação modificada ou de um desenvolvimento judicial do Direito — quando a insuficiência

do entendimento anterior da lei passou a ser ‘evidente’”[176].

Nesses casos, fica evidente que o Tribunal não poderá “fingir” que sempre pensara dessa forma. Daí a necessidade de, em tais casos, fazer o ajuste do resultado, adotando técnica de decisão que, tanto quanto possível, traduza a mudança de valoração. No plano constitucional, esses casos de mudança na concepção jurídica podem produzir uma mutação normativa ou a evolução na interpretação, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas.

A relevância da evolução interpretativa no âmbito do controle de constitucionalidade está a demonstrar que o tema comporta inevitáveis desdobramentos. A eventual mudança no significado de parâmetro normativo pode acarretar a censurabilidade de preceitos até então considerados compatíveis com a ordem constitucional. Introduz-se, assim, a discussão sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, na espécie. Não é de excluir, igualmente, a possibilidade de que uma norma declarada constitucional pelo Judiciário venha a ter a sua validade infirmada em virtude da evolução hermenêutica. E, nesse caso, lícito será indagar sobre os efeitos e limites da coisa julgada no juízo de constitucionalidade.

Cumpre assinalar, tão somente, a inegável importância assumida pela interpretação no controle de constitucionalidade, afigurando-se possível a caracterização da inconstitucionalidade superveniente como decorrência da mudança de significado do parâmetro normativo constitucional, ou do próprio ato legislativo submetido à censura judicial.

Nesses casos, além de um eventual processo de inconstitucionalização (situação de transição), pode-se ter a própria declaração de inconstitucionalidade da lei anteriormente considerada constitucional. Impõe-se, por isso, muitas vezes, a adaptação da técnica de decisão, abandonando-se uma simples e pura declaração de nulidade.

3.3.4. Inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão

A inconstitucionalidade por ação é aquela que resulta da incompatibilidade de um ato normativo com a Constituição. A garantia jurisdicional da Constituição constitui elemento do sistema de medidas técnicas cujo objetivo é assegurar o exercício regular das funções estatais,

as quais possuem caráter jurídico inerente: consistem em atos jurídicos. São eles atos de criação de normas jurídicas ou atos de execução de Direito já criado, ou seja, de normas jurídicas já estatuídas[177].

A ideia de controle de constitucionalidade advém do fato de a Constituição apresentar-se como a base indispensável das demais normas jurídicas, que, na lição de Kelsen, "regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal"[178].

Se do afazer legislativo resulta uma norma contrária ou incongruente com o texto constitucional, seja no plano da regularidade do processo legislativo, seja no plano do direito material regulado, o ordenamento jurídico oferece mecanismos de proteção à regularidade e estabilidade da Constituição.

Os mecanismos de controle de constitucionalidade variam de acordo com os modelos e sistemas, mas todos têm o mesmo objetivo de expurgar do ordenamento jurídico as normas que são incompatíveis com a Constituição.

Já o reconhecimento de inconstitucionalidade por omissão é relativamente recente. Antes, a inconstitucionalidade da lei configurava sempre caso de inconstitucionalidade por ação, ou seja, resultante de um afazer positivo do legislador.

A omissão legislativa inconstitucional pressupõe a inobservância de um dever constitucional de legislar, que resulta tanto de comandos explícitos da Lei Magna[179] como de decisões fundamentais da Constituição identificadas no processo de interpretação[180].

Tem-se *omissão absoluta ou total* quando o legislador não empreende a providência legislativa reclamada. Já a omissão parcial ocorre quando um ato normativo atende apenas parcialmente ou de modo insuficiente a vontade constitucional[181]. É possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional moderno, envolvendo não só o problema concernente à concretização da Constituição pelo legislador e todas as questões atinentes à eficácia das normas constitucionais, mas também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional.

O constituinte brasileiro de 1988 emprestou significado ímpar ao controle de constitucionalidade da omissão com a instituição dos processos de

mandado de injunção e da ação direta da inconstitucionalidade da omissão. Como essas inovações não foram precedidas de estudos criteriosos e de reflexões mais aprofundadas, afigura-se compreensível o clima de insegurança e perplexidade que acabaram por suscitar nos primeiros tempos.

Não obstante o esforço da doutrina e da jurisprudência, muitas questões sobre a omissão inconstitucional continuam em aberto, ou parecem não ter encontrado, ainda, uma resposta adequada. Esse estado de incerteza decorre, em parte, do desenvolvimento relativamente recente de uma *Teoria da omissão inconstitucional*. Aqueles que quiserem se aprofundar no exame do tema perceberão que o seu estudo sistemático constituía, até muito pouco tempo, monopólio da dogmática constitucional alemã. Esse aspecto contribuiu, sem dúvida, para que a questão fosse tratada, inicialmente, quase como uma *excentricidade* do modelo constitucional desenvolvido a partir da promulgação da Lei Fundamental de Bonn.

Observe-se que o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão configura fenômeno relativamente recente, também na dogmática jurídica alemã. Em 1911, ressaltava Kelsen que a configuração de um dever do Estado de editar determinada lei se afigurava inadmissível[182]. Anteriormente, reconhecera Georg Jellinek que a impossibilidade de formular pretensão em face do legislador constituía *communis opinio*[183]. Sob o império da Constituição de Weimar (1919) negava-se, igualmente, a possibilidade de se formular qualquer pretensão contra o legislador. Esse entendimento assentava-se, de um lado, na ideia de uma irrestrita liberdade legislativa e, de outro, na convicção de que o legislador somente atuava no interesse da coletividade[184].

Caso clássico de omissão parcial é a chamada exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade. Tem-se a "*exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade*" se a norma afronta o princípio da isonomia, concedendo vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas.

Essa exclusão pode verificar-se de forma concludente ou explícita. É concludente se a lei concede benefícios apenas a determinado grupo[185]; *a exclusão de benefício*s é explícita[186] se a lei geral que outorga determinados benefícios a certo grupo exclui sua aplicação a outros segmentos[187].

O postulado da igualdade pressupõe a existência de, pelo menos, duas situações que se encontram numa relação de comparação[188]. Essa relatividade do postulado da isonomia leva, segundo Maurer, a uma inconstitucionalidade relativa (*relative Verfassungswidrigkeit*) não no sentido de uma inconstitucionalidade menos grave. É que inconstitucional não se afigura a norma "A" ou "B", mas a disciplina diferenciada das situações *(die Unterschiedlichkeit der Regelung*)[189].

Essa peculiaridade do princípio da isonomia causa embaraços, uma vez que a técnica convencional de superação da ofensa (cassação; declaração de nulidade) não parece adequada na hipótese, podendo inclusive suprimir o fundamento em que assenta a pretensão de eventual lesado[190]. Assim, se a lei concede um benefício a um grupo de pessoas e silencia em relação a outro em situação idêntica, provoca situação que dificilmente poderia ser resolvida com o caso da declaração de nulidade.

3.3.5. Inconstitucionalidade de normas constitucionais

3.3.5.1. *O controle de constitucionalidade da reforma constitucional e as "cláusulas pétreas"*

O controle de constitucionalidade contempla o próprio direito de revisão reconhecido ao poder constituinte derivado.

Parece axiomático que as Constituições rígidas somente podem ser revistas com a observância dos ritos nelas prescritos. São exigências quanto ao quórum, à forma de votação, à imposição de *referendum* popular, ou de ratificação[191]. Alguns textos consagram, igualmente, *vedações circunstanciais* à reforma da ordem constitucional. É o que estabelece, v. g., a Carta brasileira de 1967/69, ao prever que "a Constituição não poderá ser emendada na vigência de estado de sítio ou estado de emergência"[192]. A Constituição imperial de 1824 vedava qualquer reforma antes de completados quatro anos de vigência (art. 174)[193].

Não raras vezes, impõe o constituinte limites materiais expressos à eventual reforma da Lei Maior. Cuida-se das chamadas *cláusulas pétreas* ou da garantia de eternidade (*Ewigkeitsgarantie*), que limitam o poder de reforma sobre determinados objetos. Assim, a Constituição de 1891 vedava projetos tendentes a abolir a forma republicana federativa ou a igualdade de representação dos Estados no Senado (art. 90, § 4º). A Constituição de 1934

consagrava a imutabilidade do regime republicano (art. 178, § 5º) e a Carta Magna de 1946 reproduziu a cláusula pétrea adotada pelo Constituinte de 1891 (art. 217, § 6º). O texto de 1967/69 não inovou na matéria (art. 47, § 1º). A Constituição de 1988 elegeu como cláusulas pétreas a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º).

A Constituição americana contém cláusula que impõe a representação paritária dos Estados no Senado Federal (art. 5º). Todavia, segundo Loewenstein, nada impede a eliminação desse preceito[194].

A Lei Fundamental de Bonn, de 1949, veda, expressamente, qualquer reforma constitucional que introduza alteração na ordem federativa, modifique a participação dos Estados no processo legislativo ou suprima os princípios estabelecidos nos seus arts. 1º (intangibilidade da dignidade humana) e 20 (estado republicano, federal, democrático e social, divisão de Poderes, regime representativo, princípio da legalidade)[195].

Tais *cláusulas de garantia* traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade[196]. É que, como ensina Hesse, a Constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, na medida em que impede a efetivação de um suicídio do Estado de Direito Democrático sob a forma da legalidade[197]. Nesse sentido pronunciou-se o Tribunal Constitucional alemão, asseverando que o constituinte não dispõe de poderes para suspender ou suprimir a Constituição[198].

Daí falar-se de inconstitucionalidade de normas constitucionais, seja em razão de afronta ao processo de reforma da Constituição, seja em razão de afronta às chamadas cláusulas pétreas.

Na experiência brasileira pós-1988 registram-se diversos casos de declaração de constitucionalidade e de inconstitucionalidade de Emenda Constitucional[199].

3.3.5.2. *Limites imanentes ao poder constituinte*

Muito mais complexa se afigura a questão dos limites imanentes ao poder constituinte. Ninguém ignora que o constitucionalismo moderno se caracteriza, dentre outros aspectos, pelo esforço desenvolvido no sentido de positivar o direito natural. A ideia de princípios superiores ou naturais, a

concepção de direitos inatos, é antiga. Todavia, a consolidação desses postulados em um documento escrito (*Urkunde*), de índole duradoura ou permanente, e, por isso mesmo, superior às providências ordinárias, marcadas pela transitoriedade, constitui traço característico do conceito de Constituição, inaugurado com a Carta Magna americana, de 1787[200].

Assim, os chamados direitos fundamentais, consagrados nas diferentes Declarações de Direitos, lograram obter a sua constitucionalização. O próprio *direito de resistência* encontrou abrigo no direito constitucional positivado (Constituição americana, art. II da Primeira Emenda; Lei Fundamental de Bonn, art. 20, par. 4º)[201].

E, se as ideias jusnaturalistas formavam o baldrame da Constituição, consolidando uma elevada ideia de justiça, competia aos tribunais revelar essa concepção. Daí observar Carl Swisher que "aquilo que for justo será constitucional e aquilo que for injusto será inconstitucional"[202]. A existência de uma justiça natural superior[203], a valoração dos princípios eternos de justiça e o sentimento de que "as limitações definidas oriundas da justiça natural cerceavam a autoridade legislativa, independentemente das restrições constitucionais expressas", parecem permear, inicialmente, todo o direito constitucional americano[204]. A introdução da *due process clause*, pela 14ª Emenda, realiza, segundo o *justice Field*, a Declaração de Independência dos direitos inalienáveis do homem, direitos que são um dom do Criador, que a lei apenas reconhece, não confere[205]. A referência de Field traduz a concepção jusnaturalista da "lei recebida" (*found law*), segundo a qual constituía atribuição dos legisladores e juízes *descobrir* e não *fazer* as leis[206].

Embora a teoria das limitações implícitas tenha encontrado excepcional desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial nos Estados Unidos, conforme comprovam os escritos de Cooley e Story[207], e, a despeito de se reconhecer a base jusnaturalista dos direitos fundamentais, a sua aplicação ao poder constituinte não parece ter merecido grande acolhida da doutrina e jurisprudência americanas[208]. Nesse sentido, assevera Loewenstein que a doutrina da posição preferencial (*preferred opinion*) dos quatro direitos fundamentais contidos na 1ª Emenda (liberdade de confissão, de opinião e imprensa, de reunião e de petição) vem-se consolidando na jurisprudência da Suprema Corte[209]. Não obstante, a controvérsia sobre a

inconstitucionalidade de normas constitucionais não foi arrostada pela *Supreme Court*. E, segundo o jurista, isso se deve não só ao fato de as alterações constitucionais se mostrarem raras, mas também por se considerar estranha ao pensamento jurídico americano a ideia de uma limitação imposta ao legislador constituinte[210].

Ao revés, a jurisprudência constitucional alemã do pós-guerra admite o controle da reforma constitucional e reconhece a existência de princípios suprapositivos, cuja observância se afigura obrigatória para o próprio constituinte.

Em decisão proferida no segundo semestre de 1951, a Corte Constitucional alemã consagrou, expressamente, que os princípios de direito suprapositivo vinculavam o constituinte:

> "Uma assembleia constituinte é hierarquicamente superior à representação parlamentar eleita com base na Constituição. Ela detém o *pouvoir constituant.* Ela restaura uma nova ordem constitucional, dotada de especial eficácia, para o Estado em formação. Esse *status* peculiar torna a Assembleia Constituinte imune a limitações de ordem externa. Ela está vinculada, tão somente, ao Direito anterior de índole suprapositiva (...)"[211].

O Tribunal Constitucional admitiu, portanto, a existência de postulados de direito suprapositivo, cuja observância se afigurava imperativa, inclusive para o legislador constituinte. A Corte reconheceu, ademais, a sua competência para aferir a compatibilidade do direito positivo com os postulados do direito suprapositivo[212].

Essa afirmação não passava, porém, de um *obiter dictum*, que jamais assumiu relevância jurídica.

III. Técnicas de decisão em controle de constitucionalidade

1. Introdução

A aprovação da Lei n. 9.868, de 10-11-1999, introduziu significativa

alteração na técnica de decisão de controle de constitucionalidade brasileiro[213]. Resta notório que o legislador optou conscientemente pela adoção de uma fórmula alternativa à pura e simples declaração de nulidade, que corresponde à tradição brasileira. Tendo em vista as peculiaridades que marcam o sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro, cabe analisar os contornos dessa mudança e quais possibilidades de decisão estão abertas ao Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade das leis.

2. A declaração de nulidade da lei

2.1. Considerações preliminares

O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do Direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por praticamente todos os nossos importantes constitucionalistas[214]. Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual "the inconstitutional statute is not law at all"[215], significativa parcela da doutrina pátria posicionou-se em favor da equiparação entre *inconstitucionalidade* e *nulidade*. Eventual decisão de caráter restritivo há de ser expressa, nos termos do art. 27 da Lei n. 9.868/99, como adiante será analisado.

Assim, a inconstitucionalidade de uma lei pode levar, também no direito brasileiro, a diferentes variantes de declaração de nulidade: a) declaração de nulidade total; b) declaração de nulidade parcial; c) declaração de nulidade parcial sem redução de texto.

2.2. Declaração de nulidade total

A declaração de nulidade total, como o próprio nome indica, ocorre nos casos em que a totalidade da lei ou do ato normativo é invalidada pelo Tribunal.

Defeitos formais, tais como a inobservância das disposições constitucionais atinentes ao processo legislativo — por exemplo, as relativas à iniciativa da lei ou competência legislativa —, levam, normalmente, à declaração de inconstitucionalidade total, uma vez que, nesse caso, não se vislumbra a possibilidade de divisão da lei em partes

válidas e inválidas. Trata-se, portanto, de uma *declaração de nulidade total como expressão de unidade técnico-legislativa*. Atualmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal conta com um vasto repertório de casos de declaração de inconstitucionalidade total, o que normalmente ocorre nas hipóteses de descumprimento de preceitos constitucionais relativos ao processo legislativo. A maioria dos casos assenta-se na inconstitucionalidade formal por violação às normas constitucionais de repartição de competências entre a União, os Estados e o Distrito Federal[216], assim como por ofensa às regras que asseguram a reserva de iniciativa legislativa a órgãos ou poderes[217].

O Supremo Tribunal também profere a declaração de inconstitucionalidade total de uma lei se identifica relação de *dependência* ou de *interdependência* entre suas partes constitucionais e inconstitucionais[218]. Se a disposição principal da lei há de ser considerada inconstitucional, pronuncia o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade de toda a lei, salvo se algum dispositivo puder subsistir sem a parte considerada inconstitucional. Trata-se aqui de uma *declaração de inconstitucionalidade em virtude de dependência unilateral*[219].

A indivisibilidade da lei pode resultar, igualmente, de uma forte integração entre as suas diferentes partes. Nesse caso, tem-se a *declaração de inconstitucionalidade em virtude da chamada dependência recíproca*[220].

A dependência ou interdependência normativa entre os dispositivos de uma lei pode justificar a extensão da declaração de inconstitucionalidade a dispositivos constitucionais mesmo nos casos em que estes não estejam incluídos no pedido inicial da ação. É o que a doutrina denomina *declaração de inconstitucionalidade consequente ou por arrastamento*[221].

Assim, mesmo diante do assentado entendimento de que o autor deve impugnar não apenas as partes inconstitucionais da lei, mas todo o sistema normativo no qual elas estejam inseridas, sob pena de a ação não ser conhecida[222], o Supremo Tribunal Federal tem flexibilizado o princípio do pedido para declarar a inconstitucionalidade por arrastamento de outros dispositivos em virtude de sua dependência normativa em relação aos dispositivos inconstitucionais expressamente impugnados[223].

2.3. Declaração de nulidade parcial

A doutrina e a jurisprudência brasileiras admitem plenamente a *teoria da divisibilidade da lei*, de modo que, tal como assente, o Tribunal somente deve proferir a inconstitucionalidade daquelas normas viciadas, não devendo estender o juízo de censura às outras partes da lei, salvo se elas não puderem subsistir de forma autônoma[224]. O mesmo se aplica aos vetos no controle político-preventivo (CF, art. 66, § 2º). Faz-se mister, portanto, verificar se estão presentes as condições objetivas de divisibilidade. Para isso, impõe-se aferir o grau de dependência entre os dispositivos, isto é, examinar se as disposições estão em relação de vinculação que impediria a sua divisibilidade[225].

Não se afigura suficiente, todavia, a existência dessas condições objetivas de divisibilidade. Impõe-se verificar, igualmente, se a norma que há de subsistir após a declaração de inconstitucionalidade parcial corresponderia à vontade do legislador[226]. Recentemente, ao apreciar a ADI 3.459, Rel. Marco Aurélio (Sessão Plenária de 24-8-2005), o Supremo Tribunal Federal, após longa discussão a respeito dos limites da declaração de inconstitucionalidade parcial, decidiu não conhecer da ação direta tendo em vista que a eliminação da expressão normativa impugnada teria o efeito de fazer surgir nova lei contrária à vontade original do legislador.

2.4. Declaração de nulidade parcial sem redução de texto

Já em 1949 identificara Lúcio Bittencourt os casos de inconstitucionalidade da aplicação da lei a determinado grupo de pessoas ou de situações como hipótese de inconstitucionalidade parcial[227].

Nesse sentido, ensinava o emérito constitucionalista:

> “Ainda no que tange à constitucionalidade parcial, vale considerar a situação paralela em que uma lei pode ser válida em relação a certo número de casos ou pessoas e inválida em relação a outros. É a hipótese, *verbi gratia*, de certos diplomas redigidos em linguagem ampla e que se consideram inaplicáveis a fatos pretéritos, embora perfeitamente válidos em relação às situações futuras. Da mesma forma, a lei que estabelecesse,

entre nós, sem qualquer distinção, a obrigatoriedade do pagamento de imposto de renda, incluindo na incidência deste os proventos de qualquer natureza, seria inconstitucional no que tange à remuneração dos jornalistas e professores”[228].

Não raro constata o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade da cobrança de tributo sem a observância do princípio da anterioridade. Como se vê, essas decisões não levam, necessariamente, à cassação da lei, uma vez que ela poderá ser aplicada, sem nenhuma mácula, já no próximo exercício financeiro. Em outros casos, considera o Tribunal que a aplicação de leis sobre correção monetária a situações já consolidadas revela-se inconstitucional[229]. Também aqui se limita o Tribunal a considerar inconstitucional apenas determinada hipótese de aplicação da lei, sem proceder à alteração do seu *programa normativo*.

Mais recentemente, reconheceu-se a possibilidade de “explicitação, no campo da liminar, do alcance de dispositivos de uma certa lei, sem afastamento da eficácia no que se mostre consentânea com a Constituição Federal”[230].

3. A interpretação conforme à Constituição

3.1. Introdução

Consoante postulado do direito americano incorporado à doutrina constitucional brasileira, deve o juiz, na dúvida, reconhecer a constitucionalidade da lei. Também no caso de duas interpretações possíveis de uma lei, há de se preferir aquela que se revele compatível com a Constituição. Na doutrina menciona-se, frequentemente, a frase de Cooley: “The court, if possible, must give the statute such a construction as will enable it to have effect”[231].

Há muito se vale o Supremo Tribunal Federal da interpretação conforme à Constituição. Essa variante de decisão não prepara maiores embaraços no âmbito do controle incidental de normas, uma vez que aqui o Tribunal profere decisão sobre um caso concreto que vincula apenas as partes envolvidas.

A interpretação conforme à Constituição passou a ser utilizada, igualmente, no âmbito do controle abstrato de normas[232]. Consoante a prática vigente, limita-se o Tribunal a declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição[233]. O resultado da interpretação, normalmente, é incorporado, de forma resumida, na parte dispositiva da decisão[234].

3.2. Qualificação da interpretação conforme à Constituição

A interpretação conforme à Constituição levava sempre, no direito brasileiro, à declaração de constitucionalidade da lei[235]. Porém, como já se disse, há hipóteses em que esse tipo de interpretação pode levar a uma declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto.

Deve-se acentuar, porém, que, em decisão de 9 de novembro de 1987, deixou assente o Supremo Tribunal Federal que a interpretação conforme à Constituição não deve ser vista como simples princípio de interpretação, mas sim como modalidade de decisão do controle de normas, equiparável a uma *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*[236]. Assinale-se, porém, que o Tribunal não procedeu, inicialmente, a qualquer alteração na parte dispositiva da decisão, que continua a afirmar a *improcedência* da arguição, *desde que* adotada determinada interpretação. As decisões proferidas nas ADIs 491 e 319, todas da relatoria de Moreira Alves, parecem sinalizar que, pelo menos no controle abstrato de normas, o Tribunal tem procurado, nos casos de exclusão de determinadas hipóteses de aplicação ou hipóteses de interpretação do âmbito normativo, acentuar a equivalência dessas categorias[237].

Ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na *declaração de nulidade sem redução de texto*, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas *hipóteses de aplicação* do *programa normativo* sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, se se pretende realçar que

determinada aplicação do texto normativo é inconstitucional, dispõe o Tribunal da *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*, que, além de mostrar-se tecnicamente adequada para essas situações, tem a virtude de ser dotada de maior clareza e segurança jurídica, expressas na parte dispositiva da decisão (*a lei X é inconstitucional se aplicável a tal hipótese; a lei Y é inconstitucional se autorizativa da cobrança do tributo em determinado exercício financeiro*).

A decisão proferida na ADI 491 parece indicar que o Supremo Tribunal Federal está disposto a afastar-se da orientação anterior, que equiparava a interpretação conforme à Constituição à *declaração de nulidade parcial sem redução de texto*, passando a deixar explícito, no caso de declaração de nulidade sem redução de texto, que determinadas *hipóteses de aplicação*, constantes de programa normativo da lei, são inconstitucionais e, por isso, nulas[238]. Também na ADI 939, na qual se questionava a cobrança do IPMF, declarou o Tribunal a inconstitucionalidade sem redução do texto dos arts. 3º, 4º e 8º da Lei Complementar n. 77/93, nos pontos em que determinou a incidência da exação sobre as pessoas jurídicas de Direito Público e as demais entidades ou empresas referidas nas alíneas *a*, *b*, *c* e *d* do inciso VI do art. 150 da Constituição[239].

Esses precedentes estão a denotar que a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto parece ter ganho autonomia como técnica de decisão no âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Neste tema, parece que o legislador fez, pelo que se depreende do art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99, uma clara opção pela separação das figuras da declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto e a interpretação conforme à Constituição.

3.3. Admissibilidade e limites da interpretação conforme à Constituição

Também entre nós utilizam-se, doutrina e jurisprudência, de uma fundamentação diferenciada para justificar o uso da interpretação conforme à Constituição. Ressalta-se, por um lado, que a supremacia da Constituição impõe que todas as normas jurídicas ordinárias sejam interpretadas em

consonância com seu texto[240]. Em favor da admissibilidade da interpretação conforme à Constituição milita também a presunção da constitucionalidade da lei, fundada na ideia de que o legislador não poderia ter pretendido votar lei inconstitucional[241].

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada *vontade do legislador*. A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto[242] e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador[243]. A prática demonstra que o Tribunal não confere maior significado à chamada *intenção do legislador*, ou evita investigá-la, se a interpretação conforme à Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto[244].

Muitas vezes, porém, esses limites não se apresentam claros e são difíceis de definir. Como todo tipo de linguagem, os textos normativos normalmente padecem de certa indeterminação semântica, sendo passíveis de múltiplas interpretações. Assim, é possível entender, como o faz Rui Medeiros, que "a problemática dos limites da interpretação conforme à Constituição está indissociavelmente ligada ao tema dos limites da interpretação em geral"[245].

A eliminação ou fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto, quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador. Por isso, muitas vezes a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto.

O Supremo Tribunal Federal, quase sempre imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de *self-restraint* ao se deparar com situações em que a interpretação conforme possa descambar para uma decisão interpretativa corretiva da lei[246].

Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar que, em muitos casos, a Corte não atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa

modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador[247]. No julgamento conjunto das ADIs 1.105 e 1.127, ambas de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Tribunal, ao conferir interpretação conforme à Constituição a vários dispositivos do Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/94), acabou adicionando-lhes novo conteúdo normativo, convolando a decisão em verdadeira interpretação corretiva da lei[248].

Em outros vários casos mais antigos[249], também é possível verificar que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme à Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado *decisões manipulativas de efeitos aditivos*[250].

4. Decisões manipulativas de efeitos aditivos

A doutrina italiana considera manipulativa a decisão por meio da qual o órgão de jurisdição constitucional modifica ou adita normas submetidas a sua apreciação, a fim de que saiam do juízo constitucional com incidência normativa ou conteúdo distinto do original, mas concordante com a Constituição[251].

Como anota Roberto Romboli, tratando das manipulativas, a "Corte modifica diretamente a norma posta ao seu exame, através de decisões que são definidas como 'autoaplicativas', a indicar o caráter imediato de seus efeitos, que prescindem de qualquer sucessiva intervenção parlamentar"[252]. É fácil ver que se trata de técnica unilateral de supressão da inconstitucionalidade dos atos normativos[253].

Ulterior esforço analítico termina por distinguir as manipulativas de efeitos aditivos das manipulativas com efeito substitutivo. A primeira espécie, mais comum, verifica-se quando a corte constitucional declara inconstitucional um certo dispositivo legal não pelo que expressa, mas pelo que omite. As manipulativas com efeitos substitutivos, por sua vez, são aquelas em que o juízo constitucional declara a inconstitucionalidade da parte em que a lei estabelece determinada disciplina em vez de outra[254].

Ressalte-se que embora os esforços teóricos acerca do tema tenham frutificado principalmente na Itália, a prolação de decisões manipulativas

tem sido uma constante também na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol[255].

Convém observar que, não obstante manifeste-se de forma singular em cada sistema de jurisdição constitucional, a crescente utilização das decisões manipulativas de efeitos aditivos responde a necessidades comuns. Nesse sentido, em lição perfeitamente adequada ao direito pátrio, Augusto Martín de La Vega ressaltou ser possível compreender a proliferação das decisões manipulativas de efeitos aditivos, levando-se em conta três fatores: a) a existência de uma Carta política de perfil marcadamente programático e destinada a progressivo desenvolvimento; b) a permanência de um ordenamento jurídico-positivo com marcados resquícios autoritários; e c) a ineficácia do Legislativo para responder, em tempo adequado, às exigências de atuação da Constituição e à conformação do ordenamento preexistente ao novo regime constitucional[256].

Acrescente-se que é extremamente difícil excluir tal técnica de decisão de regimes como o brasileiro e o italiano, onde inexiste um recurso como o de amparo espanhol ou a *Verfassungsbeschwerde* alemã, já que em tais circunstâncias as decisões aditivas tornam-se a via preferencial para a "reinterpretação e tutela dos direitos subjetivos"[257].

Interessante notar que a complexidade de nosso sistema de controle de constitucionalidade emprestou linhas singulares ao fenômeno das decisões manipulativas de efeitos aditivos. O STF pôde chegar ao resultado aditivo, inovando o ordenamento jurídico, tanto por meio das ações do sistema concentrado de controle, como nas ações diretas decididas com uso de interpretação conforme com efeitos aditivos, quanto através dos remédios constitucionais individuais.

Por ocasião do juízo de admissibilidade da ADPF 54, Rel. Marco Aurélio, que discute a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencéfalos, *v.g.*, restou evidente que se o Tribunal decidir pela procedência da ação, dando interpretação conforme aos arts. 124 a 128 do Código Penal, invariavelmente proferirá uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva. Ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República, o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de punibilidade – no caso do feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto. Então, proferi voto com a seguinte redação:

"Para os que ainda não se convenceram do cabimento da ADPF na espécie, há de se indagar: como agiria o Supremo Tribunal Federal se se deparasse com um *habeas corpus* em um caso como o presente? (...) Caso a criança não tivesse nascido, o Tribunal poderia escusar-se de julgar o *writ*? (...) Se o Tribunal autoriza, que norma permissiva ele estará a invocar para admitir a interrupção da gravidez? Com certeza, estará reconhecendo, em sede de *habeas corpus*, ainda que não o faça expressamente, uma nova causa de excludente da ilicitude implícita ao art. 128, ou a inaplicabilidade à espécie do art. 124, ambos do Código Penal (...) Não teria essa decisão o efeito de generalidade do entendimento perante o Poder Judiciário e, eventualmente, a Administração? A resposta há de ser afirmativa (...) Atualmente o Plenário está julgando o HC 82.959, sobre a vedação à progressão de regime nos crimes hediondos, cuja decisão, certamente, ultrapassará os limites daquele caso concreto (...) O Plenário está julgando a RCL 2.391, sobre a exigência legal do recolhimento à prisão, cuja decisão igualmente terá efeitos além da situação específica. Se tal é possível em *habeas corpus*, em reclamação ou em outras ações individuais, por que não o será em ADPF?"[258].

Não é menos certo, por outro lado, que são numerosos os casos em que, por exemplo, o veículo da pretensão aditiva foi o mandado de injunção. Consubstanciando essa postura em decisão de notável relevância doutrinária, o Supremo Tribunal Federal determinou a aplicação, aos servidores públicos, da Lei n. 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada, pelo que promoveu extensão aditiva do âmbito de incidência da norma[259].

A crescente relevância, entre nós, da técnica decisória aditiva, foi exposta com proficiência por Carlos Blanco de Morais:

"Sensivelmente desde 2004 parecem, também ter começado a emergir com maior pragnância decisões jurisdicionais com efeitos aditivos. Tal parece ter sido o caso de uma acção directa de inconstitucionalidade, a ADIn 3105[260], a qual se afigura como uma sentença demolitória com efeitos aditivos. Esta eliminou, com fundamento na violação do princípio da igualdade, uma norma restritiva que, de acordo com o entendimento do Relator reduziria arbitrariamente para algumas pessoas pertencentes à

> classe dos servidores públicos, o alcance de um regime de imunidade contributiva que abrangia as demais categorias de servidores públicos. Poderá, igualmente ter sido o caso no RMS-22.307 (mandado de segurança) que teria englobado os servidores civis num regime de aumentos legalmente concedido a militares[261]".

Cabe ressaltar, ainda, o julgamento conjunto, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, dos mandados de segurança n. 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF, em que assentou-se que o abandono, pelo parlamentar, da legenda pela qual foi eleito tem como consequência jurídica a extinção do mandato.

Por fim, mencione-se o RE 405.579, Rel. Joaquim Barbosa. Em voto-vista propus a extensão do benefício tributário (redução de imposto de importação) a empresas não contempladas no inciso X do § 1º do art. 5º da Lei n. 10.182/2001, com vistas a sanar violação ao princípio da isonomia.

Em sessão de julgamento em 1º-12-2010, o recurso recebeu decisão final no sentido de seu provimento. Os Ministros Joaquim Barbosa, Eros Grau, Cezar Peluso, Dias Toffoli e Cármen Lúcia deram provimento ao recurso, ficando vencidos os Ministros Marco Aurélio, Ayres Britto, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, que negavam provimento ao recurso para manter a extensão do benefício à empresa prejudicada.

O conjunto dessas decisões talvez esteja a evidenciar que o STF livrou-se do vetusto dogma do legislador negativo. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal aparece, hoje, como elemento determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

5. A declaração de constitucionalidade das leis e a "lei ainda constitucional"

Em decisão de 23-3-1994, teve o Supremo Tribunal Federal oportunidade de ampliar a já complexa tessitura das técnicas de decisão no controle de constitucionalidade, admitindo que lei que concedia prazo em dobro para a Defensoria Pública era de ser considerada constitucional enquanto esses

órgãos não estivessem devidamente habilitados ou estruturados[262].

Assim, o Relator, Ministro Sydney Sanches, ressaltou que a inconstitucionalidade do § 5º do art. 5º da Lei n. 1.060, de 5-2-1950, acrescentado pela Lei n. 7.871, de 8-11-1989, não haveria de ser reconhecida, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, "ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível da organização do respectivo Ministério Público".

Da mesma forma pronunciou-se o Ministro Moreira Alves, como se pode depreender da seguinte passagem de seu voto:

> "Assim, a lei em causa será constitucional enquanto a Defensoria Pública, concretamente, não estiver organizada com a estrutura que lhe possibilite atuar em posição de igualdade com o Ministério Público, tornando-se inconstitucional, porém, quando essa circunstância de fato não mais se verificar".

Afigura-se, igualmente, relevante destacar o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que assim feriu a questão:

> "No *Habeas Corpus* 67.930, quando o Tribunal afirmou a subsistência, sob a Constituição de 88, da legitimação de qualquer do povo, independentemente de qualificação profissional e capacidade postulatória, para a impetração de *habeas corpus*, tive oportunidade de realçar essa situação de fato da Defensoria Pública.
>
> E, por isso, ao acompanhar o Relator acentuei que, dada essa pobreza dos serviços da Assistência Judiciária, e até que ela venha a ser superada, a afirmação da indispensabilidade do advogado, para requerer *habeas corpus*, que seria o ideal, viria, na verdade, a ser um entrave de fato, à salvaguarda imediata da liberdade.
>
> Agora, em situação inversa, também esse mesmo estado de fato me leva, na linha dos votos até aqui proferidos, com exceção do voto do Ministro Marco Aurélio – a quem peço vênia –, a acompanhar o Relator e rejeitar a prejudicial de inconstitucionalidade *rebus sic stantibus"*.

Ressalvou-se, portanto, de forma expressa, a possibilidade de que o Tribunal possa vir a declarar a inconstitucionalidade da disposição em apreço, uma vez que a afirmação sobre a legitimidade da norma assentava-se em uma circunstância de fato que se modifica no tempo.

Posteriormente, no Recurso Extraordinário Criminal n. 147.776, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o tema voltou a ser agitado de forma pertinente. A ementa do acórdão revela, por si só, o significado da decisão para a evolução das técnicas de controle de constitucionalidade:

> "2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68, C. Pr. Penal – constituindo modalidade de assistência judiciária – deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que – na União ou em cada Estado considerado –, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68, C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135.328"[263].

Fica evidente, pois, que o Supremo Tribunal deu um passo significativo rumo à flexibilização das técnicas de decisão no juízo de controle de constitucionalidade, introduzindo, ao lado da declaração de inconstitucionalidade, o reconhecimento de um estado imperfeito, insuficiente para justificar a declaração de ilegitimidade da lei.

6. A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou limitativo

6.1. Introdução

A *declaração de inconstitucionalidade de caráter restritivo ou sem a pronúncia da nulidade* não expressa, propriamente, um *novum* no Direito Constitucional brasileiro. Já em 1946 adotara o constituinte modalidade de decisão na qual o Tribunal deveria limitar-se, no processo preliminar da intervenção federal, a constatar eventual ofensa aos chamados princípios sensíveis (Constituição de 1946, art. 7º, VII, c/c o art. 13). Disposição

idêntica foi incorporada à Constituição de 1967/69 (art. 10, VII, c/c o art. 11, § 2º) e à Constituição de 1988 (art. 34, VII, c/c o art. 36, IV e § 3º), que previram a *representação interventiva* tanto para a preservação dos chamados princípios sensíveis quanto para a garantia da execução da lei federal.

A Constituição de 1988 abriu a possibilidade para o desenvolvimento sistemático de uma *declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos (sem a pronúncia da nulidade)*, na medida em que atribuiu particular significado ao controle de constitucionalidade da chamada *omissão do legislador*.

O art. 5º, LXXI, da Constituição previu, expressamente, a concessão do mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Ao lado desse instrumento, destinado, fundamentalmente, à defesa de direitos individuais contra a omissão do ente legiferante, introduziu o constituinte, no art. 103, § 2º, um sistema de controle abstrato da omissão. Assim, reconhecida a procedência da ação, deve o órgão legislativo competente ser informado da decisão, para as providências cabíveis. Se se tratar de órgão administrativo, está ele obrigado a colmatar a lacuna dentro de um prazo de trinta dias.

Tal como já afirmado, essa questão ganhou nova dimensão prática com a admissão da declaração de inconstitucionalidade com eficácia restrita (art. 27 da Lei n. 9.868/99).

Na ADI 2.240 (Rel. Eros Grau), na qual se discutiu a subsistência de Município criado sem o fundamento legal exigido, o Supremo Tribunal Federal, considerando que a tanto impunham os princípios da "segurança jurídica" e da "continuidade do Estado", houve por bem julgar procedente a ação para "declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses"[264]. Mais recentemente, em ação direta que discutia a inconstitucionalidade de lei complementar estadual que prorrogava, ao arrepio da exigência constitucional do concurso público, a possibilidade de contratação, em caráter temporário, de servidores públicos para a área da saúde, o Plenário, tendo em conta a situação excepcional pela qual passa o país em virtude do surto da denominada "gripe suína" (Influenza A), modulou os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, nos termos do art.

27 da Lei n. 9.868/99, para que ela tenha eficácia a partir de 60 dias de sua comunicação ao Chefe do Executivo estadual[265].

6.2. As decisões proferidas no mandado de injunção e na ação direta de inconstitucionalidade por omissão

O processo de controle da omissão, previsto no art. 103, § 2º, da Constituição, é abstrato, e, consoante a sua própria natureza, deve a decisão nele proferida ser dotada de eficácia *erga omnes*[266]. Segundo a orientação do Supremo Tribunal Federal, o constituinte pretendeu conferir aos dois institutos significado processual semelhante, assegurando idênticas consequências jurídicas às decisões proferidas nesses processos. A garantia do exercício de direitos prevista no art. 5º, LXXVI, da Constituição, pertinente ao mandado de injunção, não se diferencia, fundamentalmente, da garantia destinada a tornar efetiva uma norma constitucional referida no art. 103, § 2º, da Constituição, concernente ao controle abstrato da omissão[267].

As decisões proferidas nesses processos declaram a mora do órgão legiferante em cumprir dever constitucional de legislar, compelindo-o a editar a providência requerida. Dessarte, a diferença fundamental entre o mandado de injunção e a ação direta de controle da omissão residiria no fato de que, enquanto o primeiro destina-se à proteção de direitos subjetivos e pressupõe, por isso, a configuração de um interesse jurídico concreto, o processo de controle abstrato da omissão, enquanto processo objetivo, pode ser instaurado independentemente da existência de um interesse jurídico específico[268].

O Tribunal deixou assente que de sua competência para apreciar a omissão do legislador, no mandado de injunção, decorria, igualmente, a faculdade de determinar a suspensão dos processos administrativos ou judiciais e de suspender determinadas medidas ou atos administrativos. Poder-se-ia assegurar, assim, ao impetrante a possibilidade de ser beneficiado pela norma que viesse a ser editada.

A equiparação dos efeitos das decisões proferidas no mandado de injunção e no controle abstrato da omissão configura um elemento essencial

da construção desenvolvida pelo Tribunal. Até porque a simples constatação de que a decisão proferida nesse processo tem caráter obrigatório para os órgãos legiferantes não legitima, necessariamente, outras consequências jurídicas consideradas pelo acórdão como simples consectário desse caráter obrigatório, tais como a obrigação de suspender os processos que tramitam perante autoridades administrativas ou Tribunais. Esses efeitos somente se mostram compreensíveis em face da suposição de que a decisão proferida no controle abstrato da omissão, por se tratar de um processo objetivo, deve ser dotada de eficácia *erga omnes*.

O Tribunal parte da ideia de que o constituinte pretendeu atribuir aos processos de controle da omissão idênticas consequências jurídicas. Isso está a indicar que, segundo seu entendimento, também a decisão proferida no mandado de injunção é dotada de eficácia *erga omnes*. Dessa forma, pôde o Tribunal fundamentar a ampliação dos efeitos da decisão proferida no mandado de injunção.

Essa construção permitiu ao Tribunal afirmar a imediata aplicação do mandado de injunção, independentemente da edição das normas processuais específicas. A natureza jurídica semelhante do mandado de injunção e do mandado de segurança, enquanto ações destinadas a obrigar os agentes públicos a empreenderem determinadas providências, autorizava, segundo o Tribunal, que, na ausência de regras processuais próprias, fossem aplicadas aquelas pertinentes ao mandado de segurança[269].

Em resumo, pode-se afirmar que:

1) os direitos constitucionalmente garantidos apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo e não podem ser satisfeitos através de eventual execução direta por parte do Tribunal; a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, condenando-o a editar a norma requerida;
2) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial;
3) a decisão proferida no controle abstrato da omissão tem eficácia *erga omnes*, não tendo diferença fundamental da decisão prolatada no mandado de injunção;
4) é possível que o Supremo Tribunal Federal determine, na ação de mandado de injunção, a suspensão de processos administrativos ou

judiciais, com vistas a assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado pela norma mais benéfica. Essa faculdade legitima, igualmente, a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a expedição das normas pelo legislador.

6.3. Reflexões conceptuais

6.3.1. Considerações preliminares

Abstraídos os casos de omissão absoluta do legislador, que devem tornar-se cada vez mais raros, trata-se, na maioria das hipóteses, de omissão parcial do legislador, isto é, de uma *lacuna da lei* ou, especialmente, de uma *exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade*[270].

É de indagar, ainda, se a regra que, por incompleta, é considerada inconstitucional, deve continuar a ser aplicada. Essa questão não foi contemplada na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no MI 107. Como ressaltado, o Tribunal limitou-se a constatar que de sua competência para julgar o mandado de injunção derivava também a faculdade para suspender os processos judiciais ou administrativos que, de alguma forma, afetassem a posição do impetrante. O dever das autoridades administrativas ou dos tribunais cujos atos não foram diretamente impugnados pelo mandado de injunção, de suspender os processos de sua competência foi fundamentado pelo Tribunal, tanto quanto é possível inferir das considerações constantes do acórdão, com base na eficácia *erga omnes* de sua decisão[271].

Embora o Tribunal tenha reconhecido expressamente que *o conceito de omissão envolvia não só a omissão total* do legislador, mas também a *omissão parcial*, não se posicionou sobre a situação jurídica que haveria de subsistir após a declaração da inconstitucionalidade. É provável mesmo que tenha deixado essa questão em aberto de forma consciente, porque, do contrário, teria dificuldades para sustentar a tese da aplicabilidade do mandado de injunção independentemente da edição de regras processuais adequadas.

Como não se cogita da cassação da lei defeituosa ou imperfeita, nos casos de omissão parcial, poder-se-ia afirmar que a situação anterior deveria subsistir até a edição das novas regras. Em favor dessa tese militaria o fato de que, tanto no mandado de injunção quanto no processo do controle

abstrato da omissão, se limita o Tribunal a declarar a inconstitucionalidade de determinada situação jurídica. Poder-se-ia, portanto, sustentar que as normas antigas preservariam a sua força até a promulgação das novas disposições requeridas expressamente pelo acórdão que deu pela procedência da ação.

A tese segundo a qual, não obstante a declaração de inconstitucionalidade, a lei haveria de preservar a sua validade até a promulgação das novas regras, porque o Supremo Tribunal Federal, nos processos de controle de omissão, limita-se a declarar a inconstitucionalidade de determinadas situações jurídicas, não se compatibiliza com a ideia assente no Direito brasileiro que considera nula a lei inconstitucional[272]. A Constituição de 1988 não parece fornecer qualquer fundamento para a aplicação indiscriminada da lei inconstitucional. O princípio do Estado de Direito e a vinculação dos poderes estatais aos direitos fundamentais, estabelecida no art. 5º, § 1º, da Constituição, estão a indicar que não basta a promulgação de uma lei. A lei exigida pela Constituição, tal como ocorre no Direito alemão[273], não pode ser qualquer lei, mas *lei compatível com a Constituição*.

O princípio do Estado de Direito (art. 1º), a vinculação dos poderes estatais aos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º), a proteção dos direitos fundamentais contra eventual mudança da Constituição (art. 60, § 4º), bem como o processo especial para a revisão constitucional (art. 60), não só ressaltam a diferença entre *lei* e *Constituição* e estabelecem a supremacia desta sobre aquela, como também fixam as condições que devem ser observadas na promulgação das leis ordinárias[274].

Atribui-se, portanto, *hierarquia de norma constitucional*, também no Direito brasileiro, ao postulado da nulidade das leis inconstitucionais[275].

Tal como já referido[276], a aplicação continuada da lei declarada inconstitucional somente poderia justificar-se com fundamento em uma *alternativa normativa* de hierarquia constitucional[277], disposição inexistente no Direito brasileiro. Não se pode fundamentar a aplicação indiscriminada da lei apenas com a afirmação de que, na sistemática do controle da omissão, o Tribunal limita-se a declarar a inconstitucionalidade de uma dada situação jurídica e a simples constatação da inconstitucionalidade, nos casos de omissão legislativa, resulta, como se pode depreender da firme jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*[278],

das peculiaridades inerentes às formas de superação da situação inconstitucional[279], independentemente da modalidade de processo no qual se afere a ofensa à Constituição[280]. Assim, a ausência de uma declaração de nulidade, no controle da omissão, não autoriza a continuada aplicação da norma defeituosa.

A única concepção que parece coadunar-se com a Constituição, no caso de simples declaração de inconstitucionalidade da omissão parcial, na via do mandado de injunção ou do controle abstrato da omissão, é aquela que defende a imediata suspensão da aplicação do complexo normativo defeituoso ou ilegítimo. A aplicação geral e continuada da lei considerada inconstitucional representaria uma ruptura com o princípio da supremacia da Constituição.

Contra a suspensão geral da aplicação da norma considerada inconstitucional poder-se-ia argumentar que o Tribunal somente está autorizado a aferir, no mandado de injunção, a inconstitucionalidade da omissão parcial que, de alguma forma, revelar-se afrontosa a um direito subjetivo constitucionalmente assegurado. Poder-se-ia dizer, ademais, que dessa decisão, que produz efeitos apenas entre as partes, não se pode extrair ou derivar uma suspensão geral da norma.

O Supremo Tribunal Federal, ao equiparar os efeitos da decisão proferida no controle abstrato da omissão e no processo de mandado de injunção, esforçou-se para fundamentar efeito vinculante que transcendesse as partes propriamente envolvidas.

A decisão proferida no processo de controle abstrato da omissão, típico *processo objetivo*, destinado, precipuamente, à preservação da Constituição, deveria ter, por sua própria natureza, eficácia *erga omnes*.

A posição do Supremo Tribunal Federal, que reconhece ter a decisão proferida no controle abstrato da omissão eficácia *erga omnes*, merece ser acolhida. É de excluir, de plano, a ideia de que a decisão proferida no controle abstrato da omissão deva ter eficácia vinculante *inter partes*, porque tais processos de garantia da Constituição, enquanto *processos objetivos*, não conhecem partes. As decisões proferidas nesses processos, tal como admitido pelo Tribunal[281], devem ser dotadas, necessariamente, de eficácia geral[282]. Se o Tribunal constata, nesse processo, a *omissão parcial* do legislador em virtude da satisfação defeituosa ou incompleta de dever constitucional de legislar, reconhece ele também a inconstitucionalidade de

todo o complexo normativo impugnado, com eficácia *erga omnes*. Definida a inconstitucionalidade, estão todos os órgãos estatais impedidos de praticar atos com base na regra considerada inconstitucional (CF, arts. 1º e 5º, § 1º).

Verifica-se, assim, que a constatação da inconstitucionalidade parcial, no processo de controle abstrato da omissão, deve ter como consequência, também no direito brasileiro, a *suspensão da aplicação* de todo o complexo normativo questionado.

Se se constata, com eficácia *erga omnes*, a omissão parcial, seja através da declaração da inconstitucionalidade, no controle abstrato da omissão, seja porque se empresta *força normativa* à decisão proferida no processo de mandado de injunção, fica o cidadão desobrigado de prestar obediência à norma, estando, por outro lado, impedido de reivindicar a sua aplicação em proveito próprio. Os órgãos estatais e a administração estão, igualmente, impedidos de aplicar a disposição, uma vez vinculados ao princípio do Estado de Direito (CF, arts. 1º e 5º, § 1º) e, por isso, obrigados a agir de forma legítima.

6.4. Aplicação da lei inconstitucional

Aceita a ideia geral de que a declaração de inconstitucionalidade da omissão parcial exige a *suspensão de aplicação* dos dispositivos impugnados, não se deve perder de vista que, em determinados casos, a aplicação excepcional da lei inconstitucional traduz exigência do próprio ordenamento constitucional[283].

Isto poderia ser demonstrado com base no exame de algumas normas constitucionais que requerem, expressamente, a promulgação de leis. Um único exemplo há de explicitar esse entendimento. Nos termos do art. 7º, IV, da Constituição, o trabalhador faz jus a “salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família, com moradia, alimentação, educação, saúde, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo (...)”. Essa norma contém expresso dever constitucional de legislar, obrigando o legislador a fixar salário mínimo que corresponda às necessidades básicas dos trabalhadores.

Se o Supremo Tribunal Federal chegasse à conclusão, em processo de controle abstrato da omissão ou mesmo em processo de controle abstrato de

normas[284] – tal como ocorreu com o *Bundesverfassungsgericht*, a propósito da lei de retribuição dos funcionários públicos, em processo de *recurso constitucional* (*Verfassungsbeschwerde*)[285] –, de que a lei que fixa o salário mínimo não corresponde às exigências estabelecidas pelo constituinte, configurando-se, assim, típica inconstitucionalidade em virtude de omissão parcial, a *suspensão de aplicação* da lei inconstitucional – assim como sua eventual cassação – acabaria por agravar o estado de inconstitucionalidade. É que, nesse caso, não haveria lei aplicável à espécie.

Portanto, a *suspensão de aplicação* da norma constitui consequência fundamental da decisão que, em processo de controle abstrato da inconstitucionalidade por omissão e no mandado de injunção, reconhece a existência de omissão parcial. Todavia, ter-se-á de reconhecer, inevitavelmente, que a *aplicação da lei*, mesmo após a pronúncia de sua inconstitucionalidade, pode ser exigida pela própria Constituição. Trata-se daqueles casos em que a aplicação da lei mostra-se, do prisma constitucional, indispensável no período de transição, até a promulgação da nova lei.

Como a Constituição não contém qualquer decisão a respeito, devem ser regulamentadas por lei as importantes questões relacionadas com a superação desse estado de inconstitucionalidade. No interesse da segurança, da clareza e determinação jurídicas, deveria o legislador editar uma regra sobre suspensão de aplicação e legitimar o Supremo Tribunal Federal a, sob determinadas condições, autorizar a aplicação do direito inconstitucional, nos casos constitucionalmente exigidos. *De lege ferenda*, poder-se-ia cogitar do estabelecimento de prazos dentro dos quais seria admissível a aplicação da lei inconstitucional[286].

Deve-se admitir, assim, que, com a adoção desses peculiares mecanismos de controle da omissão do legislador, criou-se a possibilidade de se desenvolver nova modalidade de decisão no processo constitucional brasileiro. Se se partir do princípio de que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no processo de mandado de injunção e no controle abstrato da omissão, tem conteúdo obrigatório ou mandamental para o legislador e que a decisão que reconhece a subsistência de uma omissão parcial contém, ainda que implicitamente, a declaração de inconstitucionalidade da regra defeituosa, há de se concluir, inevitavelmente, que a superação da situação inconstitucional deve ocorrer

em duas etapas (*Zweiaktverfahren*)[287].

6.5. A declaração de inconstitucionalidade de caráter limitativo ou restritivo

6.5.1. Considerações preliminares

A disposição contida no art. 27 da Lei n. 9.868/99 introduziu expressamente uma nova modalidade de decisão no direito brasileiro, à semelhança do modelo consagrado no direito português, que, no art. 282 (4), da Constituição, estabelece fórmula que autoriza o Tribunal Constitucional a limitar os efeitos das decisões de inconstitucionalidade com fundamento no princípio da segurança jurídica e no interesse público de excepcional relevo.

A fórmula consagrada na Constituição portuguesa e, agora, reproduzida parcialmente no art. 27 da Lei n. 9.868/99 não constitui modelo isolado. Ao revés, trata-se de sistema que, positiva ou jurisprudencialmente, vem sendo adotado pelos vários sistemas de controle de constitucionalidade. Além das especificidades do modelo alemão, já largamente referidas, anote-se que também os sistemas austríaco, italiano, espanhol e o próprio direito comunitário têm adotado modalidades assemelhadas quanto à restrição de efeitos da declaração de nulidade. Também a jurisprudência americana acabou por consagrar modelo mitigador da nulidade absoluta.

Tal como observado, o princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente importante, manifestado sob a forma de interesse social relevante. Assim, aqui, como no direito português, a não aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio.

O princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse

social[288]. Entre nós, cuidou o legislador de conceber um modelo restritivo também no aspecto procedimental, consagrando a necessidade de um *quorum* especial (dois terços dos votos) para a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados.

Vê-se, pois, que, também entre nós, terá significado especial o princípio da proporcionalidade, especialmente a proporcionalidade em sentido estrito, como instrumento de aferição da justeza da declaração de inconstitucionalidade (com efeito da nulidade), tendo em vista o confronto entre os interesses afetados pela lei inconstitucional e aqueles que seriam eventualmente sacrificados em consequência da declaração de inconstitucionalidade[289].

Nos termos do art. 27 da Lei n. 9.868/99, o Supremo Tribunal poderá proferir, em tese, uma das seguintes decisões:

a) declarar a inconstitucionalidade apenas a partir do trânsito em julgado da decisão (declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*);

b) declarar a inconstitucionalidade, com a suspensão dos efeitos por algum tempo a ser fixado na sentença (declaração de inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*); e, eventualmente, c) declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, permitindo que se operem a suspensão de aplicação da lei e dos processos em curso até que o legislador, dentro de prazo razoável, venha a se manifestar sobre situação inconstitucional (declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade = restrição de efeitos).

Assim, tendo em vista razões de segurança jurídica, o Tribunal poderá afirmar a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc*. Nessa hipótese, a decisão de inconstitucionalidade eliminará a lei do ordenamento jurídico a partir do trânsito em julgado da decisão (cessação da ultra-atividade da lei) (*hipótese "a"*).

Outra hipótese (*hipótese "b"*) expressamente prevista no art. 27 diz respeito à declaração de inconstitucionalidade com eficácia a partir de um dado momento no futuro (declaração de inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*). Nesse caso, a lei reconhecida como inconstitucional, tendo em vista fortes razões de segurança jurídica ou de interesse social, continuará a ser aplicada dentro do prazo fixado pelo Tribunal. A eliminação da lei declarada inconstitucional do ordenamento submete-se a um termo prefixo.

Considerando que o legislador não fixou o limite temporal para a aplicação excepcional da lei inconstitucional, caberá ao próprio Tribunal essa definição.

Como se sabe, o modelo austríaco consagra fórmula que permite ao Tribunal assegurar a aplicação da lei por período que não exceda dezoito meses. Ressalte-se que o prazo a que se refere o art. 27 tem em vista assegurar ao legislador um tempo adequado para a superação do modelo jurídico-legislativo considerado inconstitucional. Assim, ao decidir pela fixação de prazo, deverá o Tribunal estar atento a essa peculiaridade.

Finalmente, poderão surgir casos que recomendem a adoção de uma pura declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade (suspensão de aplicação da lei e suspensão dos processos em curso) (*hipótese "c"*). Poderá ser o caso de determinadas lesões ao princípio da isonomia (exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade). Nessas situações, muitas vezes não pode o Tribunal eliminar a lei do ordenamento jurídico sob pena de suprimir uma vantagem ou avanço considerável. A preservação dessa situação sem qualquer ressalva poderá importar, outrossim, no agravamento do quadro de desigualdade verificado. Assim, um juízo rigoroso de proporcionalidade poderá recomendar que se declare a inconstitucionalidade sem nulidade, *congelando* a situação jurídica existente até o pronunciamento do legislador sobre a superação da situação inconstitucional.

6.5.2. A declaração de inconstitucionalidade restritiva, sua repercussão sobre as decisões proferidas nos casos concretos e admissão da limitação de efeitos no sistema difuso

Questão relevantíssima no sistema misto brasileiro diz respeito à repercussão da decisão limitadora tomada pelo Supremo Tribunal no controle abstrato de normas sobre os julgados proferidos pelos demais juízes e tribunais no sistema difuso.

Embora a Lei n. 9.868, de 10-11-1999, tenha autorizado o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, no controle abstrato, é lícito indagar sobre a admissibilidade do uso dessa técnica de decisão no âmbito do controle difuso.

Assinale-se que, antes do advento da Lei n. 9.868/99, talvez fosse o STF, muito provavelmente, o único órgão importante de jurisdição constitucional

a não fazer uso, de modo expresso, da limitação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade. Não só a Suprema Corte americana (caso *Linkletter v. Walker*), mas também uma série expressiva de Cortes Constitucionais e Cortes Supremas adotam a técnica da limitação de efeitos (cf., v. g., a Corte Constitucional austríaca (Constituição, art. 140), a Corte Constitucional alemã (Lei Orgânica, § 31, 2 e 79, 1), a Corte Constitucional espanhola (embora não expressa na Constituição, adotou, desde 1989, a técnica da *declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade* — cf. Garcia de Enterría, *Justicia constitucional*, cit., p. 5), a Corte Constitucional portuguesa (Constituição, art. 282, n. 4), o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (art. 174, 2, do Tratado de Roma) e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (caso *Markx*, de 13-6-1979)[290].

No que interessa para a discussão da questão em apreço, ressalte-se que o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos.

Sem dúvida, afigura-se relevante no sistema misto brasileiro o significado da decisão limitadora tomada pelo Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de normas sobre os julgados proferidos pelos demais juízes e tribunais no sistema difuso.

O tema relativo à compatibilização de decisões nos modelos concreto e abstrato não é exatamente novo e foi suscitado, inicialmente, na Áustria, tendo em vista os reflexos da decisão da Corte Constitucional sobre os casos concretos que deram origem ao incidente de inconstitucionalidade (1920-1929). Optou-se ali por atribuir efeito *ex tunc* excepcional à repercussão da decisão de inconstitucionalidade sobre o caso concreto (Constituição austríaca, art. 140, n. 7, 2ª parte).

No direito americano, como já vimos, o tema poderia assumir feição delicada tendo em vista o caráter incidental ou difuso do sistema, isto é, modelo marcadamente voltado para a defesa de posições subjetivas. Todavia, ao contrário do que se poderia imaginar, não é rara a pronúncia de inconstitucionalidade sem atribuição de eficácia retroativa, especialmente nas decisões judiciais que introduzem alteração de jurisprudência (*prospective overruling*). Em alguns casos, a nova regra afirmada para decisão aplica-se aos processos pendentes (*limited prospectivity*); em outros, a eficácia *ex tunc* exclui-se de forma absoluta (*pure prospectivity*). Embora tenham surgido no contexto das alterações jurisprudenciais de

precedentes, as *prospectivities* têm integral aplicação às hipóteses de mudança de orientação que leve à declaração de inconstitucionalidade de uma lei antes considerada constitucional[291].

A prática da *prospectivity,* em qualquer de suas versões, no sistema de controle americano, demonstra, pelo menos, que o controle incidental não é incompatível com a ideia da limitação de efeitos na decisão de inconstitucionalidade.

Há de se reconhecer que o tema assume entre nós peculiar complexidade tendo em vista a inevitável convivência entre os modelos difuso e direto. Quais serão, assim, os efeitos da decisão *ex nunc* do Supremo Tribunal Federal, proferida *in abstracto*, sobre as decisões já proferidas pelas instâncias afirmadoras da inconstitucionalidade com eficácia *ex tunc*?

Essas colocações têm a virtude de demonstrar que a declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também se mostra passível de limitação de efeitos. A base constitucional dessa limitação — necessidade de um outro princípio que justifique a não aplicação do princípio da nulidade — parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo. É que, nesses casos, tal como já argumentado, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, esta decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada.

A questão tem relevância especial no direito português, porque, ao lado do modelo abstrato de controle, de perfil concentrado, adota a Constituição um modelo concreto de perfil incidental à semelhança do sistema americano ou brasileiro. Trata-se de herança do sistema adotado pela Constituição portuguesa de 1911.

É claro que, nesse contexto, tendo em vista os próprios fundamentos legitimadores da restrição de efeitos, poderá o Tribunal declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, fazendo, porém, a ressalva dos casos já decididos ou dos casos pendentes até um determinado momento (*v. g.*, até a decisão *in abstracto*). É o que ocorre no sistema português, onde o

Tribunal Constitucional ressalva, frequentemente, os efeitos produzidos até a data da publicação da declaração de inconstitucionalidade no *Diário da República* ou, ainda, acrescenta no dispositivo que são excetuadas aquelas situações que estejam pendentes de impugnação contenciosa[292].

Essa orientação afigura-se integralmente aplicável ao sistema brasileiro.

Assim, pode-se entender que se o STF declarar a inconstitucionalidade restrita, sem qualquer ressalva, essa decisão afeta os demais processos com pedidos idênticos pendentes de decisão nas diversas instâncias. Os próprios fundamentos constitucionais legitimadores da restrição embasam a declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* nos casos concretos. A inconstitucionalidade da lei há de ser reconhecida a partir do trânsito em julgado. Os casos concretos ainda não transitados em julgado hão de ter o mesmo tratamento (decisões com eficácia *ex nunc*) se e quando submetidos ao STF.

É verdade que, tendo em vista a autonomia dos processos de controle incidental ou concreto e de controle abstrato, entre nós, mostra-se possível um distanciamento temporal entre as decisões proferidas nos dois sistemas (decisões anteriores, no sistema incidental, com eficácia *ex tunc* e decisão posterior, no sistema abstrato, com eficácia *ex nunc*). Esse fato poderá ensejar uma grande insegurança jurídica. Daí parecer razoável que o próprio STF declare, nesses casos, a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* na ação direta, ressalvando, porém, os casos concretos já julgados ou, em determinadas situações, até mesmo os casos *sub judice*, até a data de ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade. Essa ressalva assenta-se em razões de índole constitucional, especialmente no princípio da segurança jurídica. Ressalte-se aqui que, além da ponderação central entre o princípio da nulidade e outro princípio constitucional, com a finalidade de definir a dimensão básica da limitação, deverá a Corte fazer outras ponderações, tendo em vista a repercussão da decisão tomada no processo de controle *in abstracto* nos diversos processos de controle concreto.

Dessa forma, tem-se, a nosso ver, uma adequada solução para o difícil problema da convivência entre os dois modelos de controle de constitucionalidade existentes no direito brasileiro, também no que diz respeito à técnica de decisão.

Aludida abordagem responde a uma outra questão intimamente vinculada a esta. Trata-se de saber se o STF poderia, ao apreciar recurso

extraordinário, declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados.

Não parece haver dúvida de que, tal como já exposto, a limitação de efeito é apanágio do controle judicial de constitucionalidade como um todo, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental.

1 Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Mestre e doutor pela Universität Münster, Professor da Universidade de Brasília e do Instituto Brasiliense de Direito Público. Ministo do Supremo Tribunal Federal.

2 CORRÊA, Oscar Dias. O 160º aniversário do STF e o novo texto constitucional, *Arquivos do Ministério da Justiça.* n. 173. p. 67 (70), 1988.

3 Vale lembrar que a prerrogativa de foro por crime comum perante o STF não é extensiva ao suplente de Deputado ou de Senador, salvo quando convocado, conforme jurisprudência firmada pelo STF. Cf. Inq. 1.244, Rel. Carlos Velloso, *DJ* de 12-11-2001; Inq. 1.537, Rel. Marco Aurélio, *DJ* de 4-4-2001; Inq. 1.659, Rel. Carlos Velloso, *DJ* de 16-8-2001; Inq. 1.684, Rel. Celso de Mello, *DJ* de 18-12-2001; Inq. 2.639, Rel. Celso de Mello, *Informativo*/STF n. 489; Inq. 2.453-AgR, Rel. Ricardo Lewandowski, *DJ* de 29-6-2007.

4 Cabe salientar aqui o julgamento plenário do HC-QO 76.628, *DJ* de 12-6-1998. Lê-se no voto de Moreira Alves, relator: "... a única hipótese prevista na Constituição em que esta Corte pode processar e julgar originariamente '*habeas corpus*' contra ela mesma é a contida na parte final dessa letra *i* do inciso I do artigo 102 da Constituição, ou seja, quando o Supremo Tribunal Federal for tido como coator de decisão sua em processo relativo a crime sujeito à sua jurisdição em uma única instância". A decisão restou assim ementada: "Sendo certo que a Constituição só abriu exceção ao princípio da hierarquia em matéria de competência para o julgamento de '*habeas corpus*' no tocante a esta Corte e apenas quando 'se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância', essa exceção só diz respeito aos crimes objeto de ação penal originária processada perante este Supremo Tribunal Federal, pois, somente nesse caso, em decorrência da prerrogativa de foro das pessoas referidas nas letras *b* e *c* do inciso I do artigo 102 da Carta Magna – o que abarca, evidentemente, os corréus sujeitos a essa jurisdição por força de conexão –, é que se terá a hipótese de crime sujeito à jurisdição desta Corte em uma única instância. No caso, tratando-se de '*habeas corpus*' contra decisão concessiva de extradição, que é processo sujeito à jurisdição única desta Corte, mas que não tem por objeto crime sujeito à jurisdição dela em uma única instância, não é ele cabível".

5 Os conflitos entre a União e os Estados, ou entre os vários Estados, têm ocupado a jurisprudência do STF. O assunto pode emergir em âmbito de isenções heterônomas, por exemplo, quando se discute benefício tributário conferido por ente que não detém o poder de tributar, a exemplo de eventual isenção dada pela União em relação a tributo municipal. No que toca a conflito tributário entre Estados, sumulou-se que "a dúvida, suscitada por particular, sobre o direito de tributar, manifestado por dois Estados, não configura litígio de competência originária do Supremo Tribunal Federal" (Súmula/STF

517).

6 Na acepção de conflito entre uma unidade federada e outra, o STF compreende também os conflitos de atribuições entre Ministério Público de Estados diferentes ou entre Ministério Público Federal e Ministério Público estadual. Cf. Pet. 3.528, Rel. Marco Aurélio, ACO 853, Rel. Cezar Peluso, Pet. 3.631, Rel. Cezar Peluso.

7 O Tribunal não conheceu de ação popular ajuizada contra o CNMP, na qual se pretendia a nulidade de decisão – proferida pela maioria de seus membros – que prorrogara o prazo concedido aos membros do Ministério Público ocupantes de outro cargo público, para que retornassem aos órgãos de origem. Entendeu-se que a competência do STF para julgar ações contra o CNJ e o CNMP, introduzida pela EC n. 45/2004, refere-se a ações contra os respectivos colegiados e não àquelas em que se questiona a responsabilidade pessoal de um ou mais conselheiros. O CNMP, por não ser pessoa jurídica, mas órgão colegiado da União, não estaria legitimado a integrar o polo passivo da relação processual da ação popular (Lei n. 4.417/65, art. 6º, § 3º – Lei da Ação Popular). Se se considerasse a menção ao CNMP como válida à propositura da demanda contra a União, seria imprescindível o litisconsórcio passivo de todas as pessoas físicas que, no exercício de suas funções no colegiado, tivessem concorrido para a prática do ato. Pet. 3.674/DF, Rel. Sepúlveda Pertence, j. 4-10-2006, *Informativo* n. 443.

8 No julgamento do RC 1.468 o STF assim se expressou: "... a Carta de 1969 dava competência à Justiça Militar para julgar os crimes contra a segurança nacional (artigo 129 e seu § 1º); entretanto, a Constituição de 1988, substituindo tal denominação pela de crime político, retirou-lhe esta competência (artigo 124 e seu parágrafo único), outorgando-a à Justiça Federal (artigo 109, IV 3ª). Se o paciente foi julgado por crime político em primeira instância, esta Corte é competente para o exame da apelação, ainda que reconheça inaplicável a Lei de Segurança Nacional. MÉRITO: 1. Como a Constituição não define crime político, cabe ao intérprete fazê-lo diante do caso concreto e da lei vigente. 2. Só há crime político quando presentes os pressupostos do artigo 2º da Lei de Segurança Nacional (Lei n. 7.170/82), ao qual se integram os do artigo 1º: a materialidade da conduta deve lesar real ou potencialmente ou expor a perigo de lesão a soberania nacional, de forma que, ainda que a conduta esteja tipificada no artigo 12 da LSN, é preciso que se lhe agregue a motivação política. Precedentes" (RC-segundo 1.468/RJ, Rel. p/ o acórdão Maurício Corrêa, *DJ* de 16-8-2000; cf. também HC 78.855/RJ, *DJ* de 26-5-2000, e HC 74.782/RJ, *DJ* de 27-6-1997, ambos relatados pelo Ministro Ilmar Galvão; HC 73.451/RJ, Rel. Maurício Corrêa, *DJ* de 6-7-1997).

Sobre crimes políticos cf., nesta obra, *Da não extradição de brasileiro e da não extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião* no artigo *Direitos Fundamentais de Caráter Judicial e Garantias Constitucionais no Processo.*

9 Pet.-AgRg 693, Rel. Ilmar Galvão, *DJ* de 1º-3-1996 (A circunstância de o Presidente da República estar sujeito à jurisdição da Corte, para os feitos criminais e mandados de segurança, não desloca para esta o exercício da competência originária em relação às demais ações propostas contra ato da referida autoridade).

Pet. 3.433, Rel. Gilmar Mendes, *DJ* de 1º-8-2005 (Possibilidade de extensão ou ampliação da competência expressa do STF quando esta resulta implícita no próprio sistema constitucional).

MS-AgRg 24.099/DF, Rel. Maurício Corrêa, *DJ* de 2-8-2002 (A competência do STF para julgar mandado de segurança contra atos da Mesa da Câmara dos Deputados — art. 102, I, *d*, 2ª parte — alcança os atos individuais praticados por parlamentar que profere

decisão em nome desta).

MS-AgRg 24.099/DF, Rel. Maurício Corrêa, *DJ* de 2-8-2002 (Se o ato do Primeiro Secretário da Câmara dos Deputados decorre de sua função na Mesa Diretora da Casa Legislativa, deve ser analisado pelo STF).

MS 24.997, Rel. Eros Grau, *DJ* de 1º-4-2005 (O Presidente da 1ª Câmara do Tribunal de Contas da União é parte legítima para figurar no polo passivo de mandado de segurança quando o ato impugnado reveste-se de caráter impositivo).

MS 23.452, Rel. Celso de Mello, *DJ* de 12-5-2000 (Compete ao STF processar e julgar mandados de segurança e Comissões Parlamentares de Inquérito constituídas no âmbito do Congresso Nacional ou no de qualquer de suas Casas).

MS 22.494, Rel. Maurício Corrêa, *DJ* de 27-6-1997 (Considera-se ato da Mesa o provimento de questão de ordem pelo Plenário, em grau de recurso interposto contra decisão do Presidente do Senado).

MS 24.414/DF, Rel. Cezar Peluso, *DJ* de 21-11-2003 (Não se admite assistência em processo de mandado de segurança. O Presidente da República é litisconsorte passivo necessário em mandado de segurança contra nomeação de juiz de Tribunal Regional do Trabalho, sendo a causa de competência do STF).

10 MS 23.619/DF, Rel. Octavio Gallotti, *DJ* de 7-12-2000; MS 23.851/DF, MS 23.868/DF e MS 23.964/DF, Rel. Celso de Mello, *DJ* de 21-6-2002

11 HC 80.923/SC, Rel. Néri da Silveira, *DJ* de 21-6-2002; HC 82.686/RS, Rel. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 28-3-2003, e HC 82.677/PR, Rel. Gilmar Mendes, *DJ* de 13-6-2003.

12 Rcl. 2.069/DF, Rel. Carlos Velloso, *DJ* de 1º-8-2003; Rcl. 2.040/DF, Rel. Néri da Silveira, *DJ* de 27-6-2003.

13 MS-AgRg 24.099/DF, Rel. Maurício Corrêa, *DJ* de 2-8-2002.

14 HC-QO 78.897/RJ, Rel. Nelson Jobim, *DJ* de 20-2-2004.

15 Ausente o Ministro Celso de Mello.

16 ADPF 1-QO, Rel. Min. Néri da Silveira, j. em 3-2-2000.

17 ADPF 45, rel. Min. Celso de Mello, j. em 22-4-2004, *Informativo STF* n. 345.

18 ADPF-AgR 43, rel. Min. Carlos Brito, *DJ* de 19-12-2003, nestes termos ementada: "Agravo regimental adversando decisão que negou seguimento a arguição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez, que à luz da Lei n. 9.882/99, esta deve recair sobre ato do poder público não mais suscetível de alterações. A proposta de emenda à constituição não se insere na condição de ato do poder público pronto e acabado, porque ainda não ultimado o seu ciclo de formação. Ademais, o Supremo Tribunal Federal tem sinalizado no sentido de que a arguição de descumprimento de preceito fundamental veio a completar o sistema de controle objetivo de constitucionalidade. Assim, a impugnação de ato com tramitação ainda em aberto possui nítida feição de controle preventivo e abstrato de constitucionalidade, o qual não encontra suporte em norma constitucional-positiva".

19 MS 20.257, rel. Min. Moreira Alves, *RTJ*, *99* (3)/1040.

20 MS 20.257, rel. Min. Moreira Alves, *RTJ*, *99* (3)/1040.

21 Cf. MS 20.257, rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 8-10-1980 (*leading case*); MS-AgRg 21.303, rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ* de 2-8-1991; MS 24.356, rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 12-9-2003; MS 20.452, rel. Min. Aldir Passarinho, *DJ* de 11-10-1985; MS 24.645, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 15-9-2003; MS 24.593/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 8-8-2003; MS 24.576, rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 12-9-2003; MS-AgRg 24.670, rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 23-4-2004; MS-QO 24.430, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 9-5-2003.

22 REZEK, J. F. *Direito dos tratados*, Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 232.

23 REZEK, J. F. *Direito dos tratados*, cit., p. 383.
24 Cf. ADIn/MC 1.480, Relator: Ministro Celso de Mello, *DJ,* 26-6-2001.
25 Cf. ADAMOVICH, L. e SPANNER, Hans. *Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts*, p. 456.
26 Cf. ADAMOVICH, L. e SPANNER, Hans. *Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts*, p. 456.
27 Cf. ADAMOVICH, L. e SPANNER, Hans. *Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts*, p. 456. Adamovich recomendou que se dotasse a Corte Constitucional austríaca de competência para decidir, com eficácia *erga omnes*, as questões de derrogração (cf. *Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts*. 5. ed. Viena-Nova York., 1957. p. 398).
28 BVerfGE 2, 124 (130); 2, 138, 218; 3, 48; 4, 339; 6, 64; 7, 335; 10, 58, 127, 131, 159; 11, 129; 12, 353; 14, 65; 15, 183; 16, 231; 17, 162; 18, 252. Crítico, a propósito, Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, p. 164.
29 DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Derecho constitucional*, p. 268. ZAGREBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*, p. 42; PIERANDREI, Franco. Corte Costituzionale, in *Enciclopedia del Diritto*, Milão, 1962, v. 10, p. 908. Cf., a propósito, RITTERSPACH, T. Probleme der italienischen Verfassungsgerichtsbarkeit: 20 Jahre Corte Costituzionale, *AöR* 104 (1979), p. 137 (138); Aldo Sandulli, "*Die Verfassungsgerichtsbarkeit* in *Italien*", in *Moslen*, H., *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, p. 292 (306-7).
30 Apenas em 1986 foram interpostos 4.124 recursos extraordinários (cf., a propósito, Oscar Dias Corrêa, *O Supremo Tribunal Federal,* cit., p. 38-39).
31 O *writ of error* foi substituído no Direito americano pelo *appeal* (cf., a propósito, Walter Haller, *Supreme Court und Politik in den USA*, Berna, 1972. p. 105).
32 O recurso extraordinário, assim como outros recursos, pode ser proposto também pelo terceiro prejudicado (CPC, art. 499).
33 Súmula 279/STF: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário".
34 ALVES, José Carlos Moreira. Poder Judiciário*, RT*, ano 5, n. 18, p. 269, jan./mar. 1997.
35 ALVES, José Carlos Moreira. Poder Judiciário*, RT*, cit., p. 270.
36 ALVES, José Carlos Moreira. Poder Judiciário*, RT*, cit., p. 271.
37 Na MC em Ação Cautelar n. 272, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, *DJ* de 25-2-2005, o Tribunal concedeu a liminar requerida, nos termos do art. 14, § 6º, da Lei n. 10.259/2001, para conferir efeito suspensivo ao RE 418.918 até o seu julgamento final, e determinar a suspensão na origem, até o pronunciamento da Corte sobre a matéria, de todos os processos em tramitação perante os Juizados Especiais e Turmas Recursais da Seção Judiciária Federal do Estado do Rio de Janeiro nos quais se discutisse a desconsideração de acordos firmados em decorrência do termo de adesão previsto na LC n. 110/2001.
38 RE 416.827, Rel. Gilmar Mendes, julgado pelo Plenário, *DJ* de 16-10-2007.
39 HÄBERLE, Peter. O recurso de amparo no sistema germânico. *Sub Judice,* n. 20/21, p. 33 (49), 2001.
40 No dia 9 de fevereiro de 2007, o Plenário do STF julgou 4.845 recursos extraordinários em conjunto, referentes à questão da pensão por morte, aplicando idêntico entendimento àquele fixado no julgamento dos REs 416.827 e 415.454, no dia anterior. Seguiu-se então o julgamento monocrático de outros 14.255 recursos extraordinários sobre o mesmo tema. Além desse precedente, outras questões de massa também foram julgadas em conjunto, levando a um provimento jurisdicional efetivo e célere. (Dados fornecidos no Relatório de Atividades – biênio 2006-2008, disponível em <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/principalDestaque/anexo/relat2006a2008.pdf>).

41 A propósito do papel da Suprema Corte no modelo norte-americano, conferir: REHNQUIST, William H. *The Supreme Court,* New York: Vintage Books, 2001; O'BRIEN, David. *The Supreme Court in American Politics.* New York: Norton, 1986; COOPER, Philip J. *Battles on the Bench:* conflict inside the Supreme Court. Lawrence: University Press of Kansas, 1995; MILLER, Charles A. *The Supreme Court and the Uses of History.* Cambridge: Harvard University Press, 1969; COX, Archibald. *The Court and the Constitution*, Boston: Houghton Mifflin Company, 1987; BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch:* the Supreme Court at the bar of politics. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

42 RE 418.918, Rel. Ellen Gracie, *DJ* de 1º-7-2005. Em 1985, no julgamento do MS 20.505, Rel. Néri da Silveira, *DJ* de 8-11-1991, o Ministro Francisco Rezek, diante de questão de ordem que discutia o âmbito de aplicação do art. 176 do Regimento Interno do STF, firmou posição que sintetiza a tendência atual de operação do recurso extraordinário: "Não quer o Regimento que uma questão constitucional aflore em Plenário e não se veja resolver, redundando em *non liquet*".

43 RE 388.830, Rel. Marco Aurélio, *DJ* de 13-10-1995.

44 Em sessão plenária de 21-8-2002, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, procedeu a controle de constitucionalidade *ex officio*: "Decisão: O Tribunal indeferiu o mandado de segurança e, ouvido o Procurador-Geral da República, de ofício, declarou a inconstitucionalidade do Ato nº 274, de 16 de abril de 1997, do Conselho de Administração do Superior Tribunal Militar. Votou o Presidente. Decisão unânime. Plenário, 21-8-2002" (AO 499, Rel. Maurício Corrêa, *DJ* de1º-8-2003).

45 No RE 298.694, Rel. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 23-4-2004, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou: "Ementa: I. Recurso extraordinário: letra a: possibilidade de confirmação da decisão recorrida por fundamento constitucional diverso daquele em que se alicerçou o acórdão recorrido e em cuja inaplicabilidade ao caso se baseia o recurso extraordinário: manutenção, lastreada na garantia da irredutibilidade de vencimentos, da conclusão do acórdão recorrido, não obstante fundamentado este na violação do direito adquirido".

46 *Informativo STF* n. 543, 20 a 24-4-2009 (ADI 4071 AgR/DF, Rel. Menezes Direito).

47 HC 82.959, Rel. Marco Aurélio, *DJ* de 1º-9-2006.

48 Exatamente esse o conteúdo da questão de ordem suscitada pelo Ministro Ricardo Lewandowski quando do julgamento do RE 353.657, Rel. Marco Aurélio (*Informativo STF* n. 463, 16 a 20-4-2007): "(...) Asseverou que o efeito pro futuro, previsto nessas leis, encontra fundamento no princípio da razoabilidade, já que visa tanto reduzir o impacto das decisões do STF sobre as relações jurídicas já consolidadas quanto evitar a ocorrência de um vácuo legislativo, em tese, mais gravoso para o ordenamento legal do que a subsistência temporária da norma inconstitucional. Considerou, por outro lado, que essas normas, na medida em que simplesmente autorizam o STF a restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, sem qualquer outra limitação expressa, a rigor não excluem a modulação da própria eficácia subjetiva da decisão, permitindo que se circunscreva o seu alcance, em geral *erga omnes*, a um universo determinado de pessoas, bem como não afastam a possibilidade de desconsiderar-se o efeito repristinatório da decisão de inconstitucionalidade sobre o ato revogado (...) Ressaltou que o STF, ao proceder, em casos excepcionais, à modulação dos efeitos de suas decisões, por motivos de segurança jurídica ou de relevante interesse social, realiza a ponderação de valores e princípios abrigados na própria Constituição. Tendo isso em conta, o Min. Ricardo Lewandowski afirmou que os fundamentos, que autorizam a

modulação dos efeitos das decisões prolatadas nos processos de índole objetiva, se aplicam, *mutatis mutandis*, aos processos de índole subjetiva (...) assentou que, embora se esteja tratando, no caso, de processos subjetivos, quando a matéria é afetada o Plenário, a decisão resultante, na prática, surtirá efeitos *erga omnes*."

49 RE 197.917, Rel. Maurício Corrêa, *DJ* de 7-5-2004; cf., também, RE 122.202, Rel. Francisco Rezek, *DJ* de 8-4-1994.

50 SE 5.206-AgR, Rel. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 30-4-2004.

51 A confirmar esse ponto, o julgamento do RE-RG-QO 582.019, Rel. Ricardo Lewandowski, *DJ* de 13-2-2009: "Ementa: Constitucional. Servidor público. Salário-base inferior ao salário mínimo. Possibilidade. Arts. 7º, IV, e 39, § 3º (Redação dada pela EC 19/98), da Constituição. I – Questão de ordem. Matéria de mérito pacificada no STF. Repercussão geral reconhecida. Confirmação da jurisprudência. Denegação da distribuição dos recursos que versem sobre o mesmo tema. Devolução desses RE à origem para adoção dos procedimentos previstos no art. 543-B, § 3º, do CPC. Precedentes".

52 Nos termos do que estabelece o art. 3º da Lei n. 11.418/2006.

53 RISTF, art. 323, *caput* (redação da Emenda Regimental n. 21/2007).

54 RISTF, art. 323, § 1º (redação da Emenda Regimental n. 21/2007).

55 RISTF, art. 324, *caput* e parágrafo único (redação da Emenda Regimental n. 21/2007).

56 CF, art. 102, § 3º.

57 RISTF, art. 326 (redação da Emenda Regimental n. 21/2007).

58 RISTF, art. 329 (redação da Emenda Regimental n. 21/2007).

59 Na redação da Lei n. 11.418/2006.

60 RISTF, art. 328, parágrafo único (redação da Emenda Regimental n. 21/2007).

61 Em novembro de 2008, *v. g.*, ao solucionar questão de ordem na Ação Cautelar 2.177, Rel. Ellen Gracie, *DJ* de 20-2-2009, o Plenário do Supremo Tribunal assentou: "(...) 3. Compete ao tribunal de origem apreciar ações cautelares, ainda que o recurso extraordinário já tenha obtido o primeiro juízo positivo de admissibilidade, quando o apelo extremo estiver sobrestado em face do reconhecimento da existência de repercussão geral da matéria constitucional nele tratada".

62 AI-QO 664.567, Rel. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 6-9-2007, no qual se questionou a necessidade de demonstrar, na petição de recurso extraordinário que cuidava de matéria criminal, a existência de repercussão geral das questões abordadas. De acordo com o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, relator do Agravo de Instrumento, o Plenário entendeu que esse instituto aplica-se a todos os recursos extraordinários, seja em matéria cível, seja criminal, seja eleitoral ou trabalhista.

63 Tal entendimento restou consagrado no julgamento do AI 733.503, Rel. Gilmar Mendes, *DJ* de 29-5-2009, quando o Plenário do Supremo Tribunal Federal desproveu agravo que atacava decisão do Tribunal *a quo* que negou seguimento ao extraordinário por falta de expressa preliminar formal sobre repercussão geral.

64 RE-QO 556.664, Rel. Gilmar Mendes, julgado em 12-9-2007, *Informativo STF*, n. 479.

65 Na redação da Emenda Regimental n. 21/2007.

66 SAMPAIO, Nelson de Sousa. O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do Judiciário, *RDP,* 75/5 e s.

67 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1962. p. 115-116, v. 2.

68 O *Restatement of Law* é uma consolidação de jurisprudência realizada por advogados, juízes e professores americanos, com o objetivo de conferir segurança ao estudo da

aplicação dos precedentes (cf. *Leal,* Victor Nunes, Problemas de direito público e outros problemas, *Arquivos do Ministério da Justiça,* Brasília, 1997. p. 61, v. 2.).

69 *Leal,* Victor Nunes, Passado e futuro da Súmula do STF, *Arquivos do Ministério da Justiça,* cit., *Problemas de direito público e outros problemas,* Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 279-300.

70 O STF editou até o momento dezesseis súmulas vinculantes.

71 Cf. Lei n. 9.784, de 29-1-1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. No que se refere ao procedimento para cumprimento de decisões judiciais pela via administrativa no âmbito estadual, cf. a Lei estadual n. 10.177, de 30-12-1998, do Estado de São Paulo.

72 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 11-15; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional.* 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986. p. 57 e s.; e *Direito constitucional e teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1129 e s.

73 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deustschland.* 13. erg. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, 1995. p. 3; e *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.* 20. ed. tradução alemã por Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1998. p. 25.

74 KELSEN, Hans. La garanzia giurisdizionale della costituzione. In: *La giustizia costituzionale,* Milano: Giuffrè, 1981. p. 152; e A garantia jurisdicional da Constituição. In: *Jurisdição constitucional,* tradução do alemão por Alexandre Krug, do italiano, por Eduardo Brandão, e do francês, por Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 130.

75 KELSEN, Hans. La garanzia giurisdizionale della costituzione. In: *La giustizia costituzionale,* cit., p. 152; e A garantia jurisdicional da Constituição. In: *Jurisdição constitucional,* cit., p. 130-131.

76 KELSEN, Hans. La garanzia giurisdizionale della costituzione. In: *La giustizia costituzionale,* cit., p. 153; e A garantia jurisdicional da Constituição. In: *Jurisdição constitucional,* cit., p. 131; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional.* 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1981, v. 2. p. 26-27; SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais.* 6. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 40; FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito constitucional.* Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 106-117; BONAVIDES, Paulo. *Direito constitucional.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 58-59; e *Curso de direito constitucional,* 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 80-81. Conferir também: RE 211.018/SP, *DJ* de 29-9-2004, decisão monocrática (o Ministro Celso de Mello acentua “a irrecusável condição de normas formalmente constitucionais” dos preceitos do ADCT).

77 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland,* cit., p. 10; e *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha,* cit., p. 29.

78 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland,* cit., p. 10; e *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha,* cit., p. 29-30.

79 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland,* cit., p. 11; e *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha,* cit., p. 39.

80 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 11-12 e 15-16; e *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, cit., p. 39.

81 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*,

cit., p. 15; e *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, cit., p. 39.

82 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 15; e *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha,* cit., p. 39.

83 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 14, 11-12 e 62-64; e *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha,* cit., p. 39. Cf. *Canotilho,* José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, cit., p. 84-86; e *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1338-1339.

84 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional,* cit., p. 84-85. Cf. também, do mesmo autor, *Direito constitucional e teoria da Constituição,* cit., p. 1338-1339.

85 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional,* cit., p. 84-85; e *Direito constitucional e teoria da Constituição,* cit., p. 1338-1339.

86 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, cit., p. 273-274.

87 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, cit., p. 274.

88 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, cit., p. 274.

89 DICEY, Albert Venn. *Lectures introductory to the study of the law of the Constitution,* London, 1885. p. 165-166. apud BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. In: *Trabalhos jurídicos.* Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962. p. 46.

90 BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. In: *Trabalhos jurídicos*, cit., p. 46-47.

91 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional,* cit., p. 729; e *Direito constitucional e teoria da Constituição,* cit., p. 949 e s.

92 KELSEN, Hans. La garanzia giurisdizionale della costituzione. In: *La giustizia costituzionale*, cit., p. 199-200; e A garantia jurisdicional da Constituição. In *Jurisdição constitucional,* cit., p. 139-140.

93 KELSEN, Hans. La garanzia giurisdizionale della costituzione. In: *La giustizia costituzionale*, cit., p. 199-200; e STAATSGERICHTSBARKEIT, Wesen und Entwicklung der, *VVDStRL,* Caderno 5, 1929. p. 78-79.

94 GRIMM, Dieter. Zum Verhältnis von Interpretationslehre Verfassungsgerichtsbarkeit un Demokratieprinzip bei Kelsen. In: *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, Rechtstheorie Beiheft 4,* 1982. p. 152.

95 BITAR, Orlando. A lei e a Constituição. In: *Obras completas de Orlando Bitar.* Brasília: Conselho Federal de Cultura, 1978. v. 2, p. 39; e A lei e a Constituição. In: *Obras completas de Orlando Bitar.* Rio de Janeiro: Renovar, 1996, v. 1. p. 477.

96 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, cit., p. 274. A moderna doutrina constitucional alemã desenvolveu, porém, a teoria da eficácia externa (*Drittwirkung*) dos direitos fundamentais, que amplia, de forma significativa, o raio de abrangência dessas garantias, passando a reconhecer a vinculação de entidades públicas e privadas. E, nas hipóteses em que se admite essa eficácia externa imediata dos direitos fundamentais, haveria de se cogitar, propriamente, da inconstitucionalidade em relação a atos da atividade privada. Cf. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland,* cit., p. 139-143; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, cit., p. 465-472; e *Direito constitucional e teoria da Constituição,* cit., p. 1286 e s.

97 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição,* cit., p. 870.

98 Nesse sentido: GOMES, Joaquim B. Barbosa. Evolução do controle de constitucionalidade de tipo francês. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 40, n. 158, p. 97 e s., abr./jun. 2003.

99 A propositura da ação direta para aferição da constitucionalidade do decreto legislativo possibilita que a ratificação e, portanto, a recepção do tratado na ordem jurídica interna ainda sejam obstadas, de forma que se apresenta dispensável, pois, qualquer esforço com vistas a conferir caráter preventivo ao controle de constitucionalidade nessas hipóteses. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 210.

100 MS 20.257/DF, Rel. Décio Miranda, *DJ* de 8-10-1980; MS 24.138, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 28-11-2002.

101 ADI 466/DF, Rel. Celso de Mello, *DJ* de 10-5-1991; ADI 3.367/DF, Rel. Cezar Peluso, *DJ* de 17-3-2006.

102 SEGADO, Francisco Fernández. La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional. In: *Direito Público,* Brasília: IDP/Síntese, ano 1, n. 2, p. 66, out./dez. 2003.

103 SEGADO, Francisco Fernández. La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional. In: *Direito Público,* cit., p. 68.

104 ROUSSEAU, Dominique. Do Conselho Constitucional ao Tribunal Constitucional? In: *Direito Público,* Brasília: IDP/Síntese, ano 1, n. 3, p. 89, jan./mar. 2004.

105 TOMUSCHAT, Christian. Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgericht. In: BADURA, Peter; DREIER, Horst (org.). *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht.* Tübingen: Mohr-Siebeck, 2001, v. 1. p. 245 (248).

106 TOMUSCHAT, Christian. Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgericht. In: BADURA, Peter; DREIER, Horst (org.). *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht,* cit., p. 249.

107 TOMUSCHAT, Christian. Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgericht. In: BADURA, Peter; DREIER, Horst (org.). *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgerich,* cit., p. 249.

108 TOMUSCHAT, Christian. Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgericht. In: BADURA, Peter; DREIER, Horst (org.). *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgerich,* cit., p. 249.

109 Cf. *Marenholz,* Ernst Gottfried, Europäische Verfassungsgerichte, *JöR (Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart)* 49 (2001), S. 15-30 (20 ff.), p. 23.

110 “Artigo 234º (ex-artigo 177º)

O Tribunal de Justiça é competente para decidir, a título prejudicial:

a) Sobre a interpretação do presente Tratado;

b) Sobre a validade e a interpretação dos actos adoptados pelas Instituições da Comunidade e pelo BCE;

c) Sobre a interpretação dos estatutos dos organismos criados por acto do Conselho, desde que estes estatutos o prevejam.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal de Justiça que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal de Justiça.”

111 HÄBERLE, Peter. Das Bundesverfassungsgericht als Muster einer selbständigen Verfassungsgerichtsbarkeit. In: BADURA, Peter; DREIER, Horst. *Festschrift 50 Jahre*

Bundesverfassungsgerich. Tübingen: Mohr-Siebeck, 2001. p. 311 (331).

112 Cf. MARENHOLZ, Ernst Gottfried. Europäische Verfassungsgerichte. In: *JöR*, cit., p. 15 (20-21).

113 BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 71; CAMPOS, Francisco Luiz da Silva. *Direito constitucional.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. p. 388 e s.; PINTO, Bilac. Parecer: inconstitucionalidade do Decreto-lei n. 8.946, de 1946, *RF,* Rio de Janeiro, 120/40; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, cit., p. 297-302.

114 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, cit., p. 294; SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung Verfahren. Entscheidungen,* 1. Aufl., München: C. H. Beck, 1985. p. 170-171; IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, 1. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 1980, p. 109 e s. e 135-136; PESTALOZZA, Christian. "Noch versassungsmässige" und "bloss verfassungswidrige" Rechtslagen. In: STARCK, Christian (org.). *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, 1. Aufl. Tübingen: Mohr, 1976, v. 1. p. 526-529; e *Verfassungsprozessrecht: dieverfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder,* 2. Aufl., Müchen: C. H. Beck, 1982, p. 111.

115 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional,* cit., p. 296-297; IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., p. 133-135; BITAR, Orlando. A lei e a Constituição. In: *Obras completas de Orlando Bitar,* cit., v. 2, p. 173; RUFFIA, Biscaretti di. *Derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Technos, 1984. p. 268; IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., p. 133-134.

116 BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1977. p. 11 e s.

117 IPSEN, Jörn, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., p. 132 e s.; PESTALOZZA, Christian. "Noch verfassungsmässige" und "bloss verfassungswidrige" Rechtslagen. In: STARCK, Christian. *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, cit., p. 523, 540 e s.

118 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, cit., p. 738. Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, cit., v. 2, p. 302-303; ZAGREBELSKI, Gustavo *La giustizia costituzionale*, cit., p. 33-38; PIERANDREI, Franco. Corte Costituzionale. In: *Enciclopedia del Diritto,* Varese: Giuffrè, 1962, v. 10. p. 904-905.

119 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional,* 7. ed., cit., p. 18.

120 SILVA, José Afonso da. *Apud* FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 189.

121 Súmula 5.

122 Rp. 890/GB, Rel. Oswaldo Trigueiro, *DJ* de 7-6-1974, p. 3932; Rp. 1.051/GO, Rel. Moreira Alves, *DJ* de 15-5-1981.

123 PIERANDREI, Franco. Corte Costituzionale. In: *Enciclopedia del Diritto*, cit., v. 10. p. 904.

124 MS 20.471/DF, Rel. Francisco Rezek, *RTJ,* 112 (3)/1031-1041.

125 SS-AgR 327/DF, Rel. Sydney Sanches, *DJ* de 5-6-1992; MS 22.503/DF, Rel. Maurício Corrêa, *DJ* de 6-6-1997; ADI 2.666/DF, Rel. Ellen Gracie, *DJ* de 6-12-2002; ADC/DF, Rel. Nelson Jobim, *DJ* de 9-5-2003.

126 MS 20.257/DF, Rel. Moreira Alves, *RTJ,* 99 (3)/1031.

127 MS 20.257/DF, Rel. Moreira Alves, *RTJ,* 99 (3)/1031.

128 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional,* cit., p. 738; CAMPOS, Francisco Luiz da Silva. *Direito constitucional*, cit., p. 392 e s.; BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, cit., p. 56-60; BITAR,

Orlando. A lei e a Constituição. In: *Obras completas de Orlando Bitar*. cit., p. 40-43; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional,* cit., p. 297-300.

129 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, cit., p. 739 e s.; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional,* cit., p. 300 e s.; CALAMANDREI, Piero. La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile. In: *Opere giuridiche.* Napoli: Morano, 1968, v. 3. p. 362-363. Cf. ZAGREBELSKI, Gustavo. *La giustizia costituzionale.* Bologna: Mulino, 1979. p. 26-30; SCHNEIDER, Hans. Zur Verhältnismässigkeitskontrolle insbesondere bei Gesetzen. In: STARCK, Christian. *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz,* cit., p. 392-393.

130 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. cit., p. 617-618; SCHNEIDER, Hans. Zur Verhältnismässigkeitskontrolle insbesondere bei Gesetzen. In: STARCK, Christian *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz,* cit., v. 2, p. 392.

131 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, cit., p. 617.

132 Cf., sobre o assunto, BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, cit., p. 121-123, que afirma a incensurabilidade dos motivos do legislador, invocando os precedentes da Suprema Corte americana e do Supremo Tribunal Federal; MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira.* 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, v. 1. p. 157. *V.,* também, PIERANDREI, Franco. Corte Costituzionale. In: *Enciclopedia del Diritto*. cit., p. 906-907.

133 PIERANDREI, Franco. Corte Costituzionale. In: *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 906; cf., também, art. 28 da Lei n. 87, de 1953, que organiza a Corte Constitucional italiana*, verbis*: “il controllo di legittimità della Corte Costituzionale su una legge esclude ogni valutazione di natura politica ed ogni sindacato sull’uso del potere discrezionale”.

134 *BVerfGE*, 1:15.

135 ERICHSEN, Hans-Uwe; MARTENS, Wolfgang (org.). *Allgemeines Verwaltungsrecht.* 9. ed. Berlin-New York, 1992. p. 186.

136 Cf., sobre o assunto, em direito administrativo, ERICHSEN, Hans-Uwe; MARTENS, Wolfgang (org.). *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 188.

137 SCHNEIDER, Hans. Zur Verhältnismässigkeitskontrolle insbesondere bei Gesetzen. In: STARCK, Christian. *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, cit., v. 2, p. 390 e s.; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. cit., p. 487.

138 SCHNEIDER, Hans. Zur Verhältnismässigkeitskontrolle insbesondere bei Gesetzen. In: STARCK, Christian. *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz,* cit., p. 391; HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland,* cit., p. 28, 142 e s.

139 STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Ajuris,* ano 32, n. 97, p. 180, mar./2005; SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência, *Ajuris,* ano 32, n. 98, p. 107, jun./2005.

140 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, cit., v. 2, p. 274-276; RUFFIA, Biscaretti di. *Derecho constitucional*, cit., p. 268; IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt,* cit., p. 133-137; PESTALOZZA, Christian. “Noch verfassungsmässige” und “bloss verfassungswidrige” Rechtslagen. In: STARCK, Christian. *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, cit., v. 1, p. 548-549; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional,* cit., p. 837, e *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1306 e s.

141 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional,* cit., p. 274-276; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional,* São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 119 e s. Cf.

ADI 2/DF, Rel. Paulo Brossard, *DJ* de 21-11-1997; ADI 718/MA, Rel. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 18-12-1998.

142 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional,* cit., p. 275. Cf., também, BITAR, Orlando. A lei e a Constituição. In: *Obras completas de Orlando Bitar,* cit., v. 1, p. 620.

143 RUFFIA, Biscaretti di. *Derecho constitucional,* cit., p. 268; ZAGREBELSKI, Gustavo. *La giustizia costituzionale*, cit., p. 42; PIERANDREI, Franco. Corte Costituzionale. In: *Enciclopedia del Diritto*, cit., v. 10, p. 908.

144 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição,* cit., p. 837 e p. 1306 e s.

145 IPSEN, Jörn. Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, cit., p. 162.

146 Decisão do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE, 2:124); IPSEN, Jörn. Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, cit., p. 162.

147 Decisões do Tribunal Constitucional alemão (*BVerfGE*, 2:124-8); IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., p. 162.

148 *BVerfGE*, 2:124(130-1).

149 *BVerfGE*, 2:124(130); cf. também Otto Bachof, *Zur Auslegung des art, 100*, Abs. 1 GG, Deutsches Verwaltungsblatt, 1951, p. 14. Deve-se observar que o Tribunal admite apreciar, no processo de controle concreto de normas, as leis pré-constitucionais que foram modificadas ou confirmadas, isto é, *assumidas* pelo legislador pós-constitucional (cf. *BVerfGE*, 63:181(188 e s.); *v.* ainda Wolfgang Zeidler, Die Verfassungsrechtsprechung im Rahmen der staatlichen Funktionen, *Europäische Grundrechte Zeitschrift,* Heft 8/9, 6 maio 1988, p. 208.

150 IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., p. 162; LEAL, Victor Nunes. Leis complementares da Constituição, *RDA,* 7/389-91; KELSEN, Hans. La garanzia giurisdizionale della costituzione. In: *La giustizia costituzionale*, cit., p. 183-184; e A garantia jurisdicional da Constituição. In: *Jurisdição constitucional*, cit., p. 162-163.

151 LEAL, Victor Nunes. Leis complementares da Constituição, *RDA,* cit., p. 389.

152 Rp. 946/DF, Rel. Xavier de Albuquerque, *RTJ,* 82 (1)/44; Rp. 969/DF, Rel. Antonio Neder, *RTJ,* 99 (2)/544.

153 Rp. 946/DF, Rel. Xavier de Albuquerque, *RTJ* 82 (1)/46.

154 Rp. 969/DF, Rel. Antonio Neder, *RTJ,* 99 (2)/544.

155 Rp. 1.012/SP, Rel. Moreira Alves, *RTJ,* 95 (39)/980-981.

156 Voto do Ministro Sepúlveda Pertence na ADI 2/DF, *DJ* de 21-11-1997.

157 Cf. BROSSARD, Paulo. A Constituição e as leis anteriores. In: *Arquivos do Ministério da Justiça,* n. 180 (1992), p. 125 (126-7).

158 Rel. Eros Grau, julgada em 1º-8-2006, *DJ* de 20-4-2007.

159 Rel. Marco Aurélio, julgada em 19-12-2006.

160 Cf. o ítem sobre *Ação de descumprimento de preceito fundamental*.

161 PIERANDREI, Franco. Corte Costituzionale. In: *Enciclopedia del Diritto,* cit., v. 10, p. 908; cf., também, KELSEN, Hans. La garanzia giurisdizionale della costituzione. In: *La giustizia costituzionale,* cit., p. 184.

162 ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional.* Madrid: Civitas, 1981. p. 257. Tradução livre de Valéria Porto, do texto original: “esa inconstitucionalidad sobrevenida ha de referirse precisamente a la contradicción con los principios materiales de la Constitución, no a las reglas formales de elaboración de las leyes que ésta establece hoy”.

163 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional,* cit., v. 2, p. 283; CANOTILHO, José

Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1306 e s.

164 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional,* cit., p. 838; e *Direito constitucional e teoria da Constituição,* cit., p. 1306-1307.

165 Procuradoria-Geral da República, Pareceres 08100.00/2813/86 e 08100.00/2881/86, *DJ* de 10-3-1987, p. 3523 (cf. *RDP*, 82/100-110).

166 Idem, *DJ* de 10-3-1987, p. 3522. Deve-se registrar, porém, que, não obstante a ampla aceitação desse entendimento, nos diversos sistemas constitucionais, a Professora Ada Pellegrini Grinover sustentou, em Parecer recente, que a Lei Delegada n. 4, de 1961, teria sido revogada pela emenda constitucional derrogatória do regime de gabinete (*RDA*, 166/267 e s.). O pronunciamento da ilustre professora há de ser considerado como manifestação episódica e isolada no Direito brasileiro e alienígena.

167 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*, cit., p. 838; e *Direito constitucional e teoria da Constituição*. cit., p. 1306 e s.

168 ZAGREBELSKY. *La giustizia costituzionale*, cit., p. 48.

169 PESTALOZZA, Christian. *Verfassungsprozessrecht: die verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder*, cit., p. 160.

170 MAUNZ, Theodor et al. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz:* Komentar. München: C. H. Beck, 1985, § 86, n. 3 e 4, § 89, n. 3 e 4.

171 MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. 6. p. 66-7.

172 Cf. ADI 192/RS, Rel. Moreira Alves, *DJ* de 6-9-2001 (Criação de município. Discussão sobre estadualização. LCP 1/1967).

173 IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., p. 133; KRAUSE-PALFNER, Thilo. *Das Verfassungswidrigwerden von Gesetzen,* Frankfurt am Main, Diss., 1973. p. 28 e s.; PESTALOZZA, Christian. “Noch verfassungsmässige” und “bloss verfassungswidrige” Rechtslagen. In: STARCK, Christian *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, cit., v. 1, p. 556; SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung Verfahren, Entscheidungen*, cit., p. 181-183. A edição de uma norma – anota Grimm (Verfassungsgerichtsbarkeit Funktion und Funktionsgrenzen im demokratischen Staat, In: HOFFMANN-RIEM, Wolfgang (org.), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts,* München: C. H. Beck, 1977, p. 89) – tem em vista uma determinada realidade ou uma determinada concepção da realidade. E, não raras vezes, as proposições normativas consagram, diretamente, no seu *Tatbestand* esses fragmentos de realidade (*Wirklichkeitsausschnitte*). Assim, uma mudança dessa *realidade* pode afetar a legitimidade da proposição normativa. De resto, parece certo que o juiz não afere, simplesmente, a constitucionalidade da lei, mas, como enfatiza Ehmke, “a relação da lei com o problema que lhe é apresentado em face do parâmetro constitucional” (*Denn im Grunde prüft das Gericht nie, wie vereinfachend gesagt wird, das Gesetz, sondern immer nur das Verhältnis des Gesetzes zu dem ihm vorgegebenen Problem am Massstab der Verfassung*) (EHMKE, Horst. Prinzipien der Verfassungsinterpretation. In: DREIER, Ralf; SCHWEGMANN, Friedrich. *Probleme der Verfassungsinterpretation*: Dokumentation einer Kontroverse, 1. Aufl., Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1976. p. 204).

174 IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., p. 136-137.

175 IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, cit., p. 137.

176 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* 3. ed. Lisboa, 1997. p. 495.

177 KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 130.

178 KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 131.

179 *BVerfGE,* 6, 257 (264); Vgl auch Christian Pestalozza, “Noch verfassungsmässige” und “bloss verfassungswidrige” Rechtslagen, in Christian Starck, *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, cit., v. 1, p. 526; cf., Friedrich Jülicher, *Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei gesetzgeberischem Unterlassen,* Berlin, 1972. p. 13.

180 *BVerfGE,* 56, 54 (70 s.); 55, 37 (53); Peter Hein, *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht,* Baden-Baden, 1988. p. 57; *BVerfGE,* Vorprüfungsausschuss *NJW,* 1983, 2931 (Waldsterben).

181 LERCHE, Peter. Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, Zu den “nicht erfülten Gesetzgebungsauftragen”, *AöR,* 90 (1965), p. 341 (352); JÜLICHER, Friedrich. *Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei gesetzgeberischem Unterlassen*, cit., p. 33; STERN, *Bonner Kommentar.* art. 93, *RdNr.,* 285; Lechner, *NJW,* 1955. p. 181 e s.; Schmidt-Bleibtreau, in Maunz et al. *BVerfGG*, § 90, *RdNr.,* 121.

182 KELSEN, Hans. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre,* Tübingen, 1911. p. 410.

183 JELLINEK, Georg. System der subjektiven öffentlichen Rechte, Tübingen, 1905. p. 80, nota 1.

184 *Thoma,* Richard. *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, 1932, t. 2. p. 608; *Genzmer,* Felix. *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 1932, t. 2. p. 506 e s.

185 Cf. *BVerfGE,* 18, 288 (301); 22, 349 (360).

186 Cf. *BVerfGE,* 25, 101.

187 Cf., a propósito, MAURER, Hartmut. Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen. In: *Festschrift für Werner Weber,* Berlin, 1974. p. 345 (349); IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt,* cit., p. 109; JÜLICHER, Friedrich. *Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei gesetzgeberischem Unterlassen*, cit., p. 51 e s.

188 MAURER, Hartmut. Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen. In: *Festschrift für Werner Weber,* cit., p. 345 (354).

189 MAURER, Hartmut. Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen. In: *Festschrift für Werner Weber,* cit., p. 345 (354).

190 MAURER, Hartmut. Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen. In: *Festschrift für Werner Weber,* cit., p. 347 (354).

191 BITAR, Orlando. A lei e a Constituição. In: *Obras completas de Orlando Bitar,* cit., p. 490. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 198.

192 TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2005. p. 36.

193 Cf., sobre o assunto, LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución.* trad. y estúdio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976. p. 619; CANOTILHO. *Direito constitucional*, cit., p. 757-759; e *Direito constitucional e teoria da Constituição,* cit., p. 1059 e s.

194 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución,* cit., p. 190.

195 O direito de resistência (art. 20, par. 4º), introduzido por emenda constitucional, não está coberto pela cláusula de intangibilidade (cf. Bodo Pieroth e Bernhard Schlinck, *Grundrechte — Staatsrecht,* Heidelberg: C. F., Müller, 1987. p. 263).

196 BITAR, Orlando. A lei e a Constituição. In: *Obras completas de Orlando Bitar*, cit., p. 490-491; Segundo QUINTANA, V. Linares. *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado.* Buenos Aires: Ed. Alta, 1953, v. 2. p. 108-109; LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución,* cit., p. 189-192; KELSEN, Hans. *Teoría general del Estado.* Tradução de Luiz Legaz Lacambra. Barcelona: Labor, 1934. p. 331-332; HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deustschland*. cit., p. 261-264; TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional,* cit., p.

36.

197 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deustschland,* cit., p. 261-262.

198 Hesse, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deustschland,* cit., p. 262; *BVerfGE*, 30:1(20).

199 ADI 3.367/DF, Rel. Cezar Peluso, *DJ* de 17-3-2006; ADI 3.685/DF, Rel. Ellen Gracie, *DJ* de 10-8-2006; ADI 3.128/DF, Rel. para acórdão Cezar Peluso, *DJ* de 18-2-2005; ADI 3.105/DF, Rel. Cezar Peluso, *DJ* de 18-2-2005; MS 24.642/DF, Rel. Carlos Velloso, *DJ* de 18-6-2004; ADI 1.946/DF, Rel. Sydney Sanches, *DJ* de 16-5-2003; ADI-MC 1.946/DF, Rel. Sydney Sanches, *DJ* de 14-9-2001; ADI-MC 1.805/DF, Rel. Néri da Silveira, *DJ* de 14-11-2003; ADI-MC 1.497/DF, Rel. Marco Aurélio, *DJ* de 13-12-2002; ADI-MC 1.420/DF, Rel. Néri da Silveira, *DJ* de 19-12-1997; ADI 997/RS, Rel. Moreira Alves, *DJ* de 30-8-1996; ADI 815/DF, Rel. Moreira Alves, *DJ* de 10-5-1996; ADI 939/DF, Rel. Sydney Sanches, *DJ* de 18-3-1994; ADI-MC 926/DF, Rel. Sydney Sanches, *DJ* de 6-5-1994; ADI 830/DF, Rel. Moreira Alves, *DJ* de 16-9-1994; ADI 466/DF, Rel. Celso de Mello, *DJ* de 10-5-1991.

200 CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.* Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1984. p. 56-57. Cf. BLOCH, Ernest. *Naturrecht und menschliche Würde.* 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1980. p. 76-81.

201 Cf., a propósito, SEIFERT, Karl-Heinz; HÖMIG, Dieter (org.). *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland.* 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 1985. p. 188; *v.* também BITAR, Orlando. A lei e a Constituição. In: *Obras completas de Orlando Bitar,* cit., p. 579; BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?,* cit., p. 43.

202 SWISHER, Carl Brent. *The growth of constitutional power in the United States.* Chicago: The University of Chicago Press, 1945. p. 12-13, apud BITAR, Orlando. A lei e a Constituição. In: *Obras completas de Orlando Bitar*, cit., p. 579.

203 BITAR, Orlando. A lei e a Constituição. In: *Obras completas de Orlando Bitar*, cit., p. 581-582.

204 Cf., a propósito, COOLEY, Thomas M. *A treatise on the constitutional limitations;* which rest upon the legislative power of the States of the American Union. 7. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1903. p. 182 e s.; *v.* também, BITAR, Orlando. A lei e a Constituição. In: *Obras completas de Orlando Bitar*, cit., p. 579-580.

205 BITAR, Orlando. A lei e a Constituição. In: *Obras completas de Orlando Bitar*, cit., p. 584.

206 BITAR, Orlando. A lei e a Constituição. In: *Obras completas de Orlando Bitar*. cit., p. 594; *v*., também, BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?,* cit., p. 41.

207 COOLEY, Thomas M. *A treatise on the constitucional limitations;* which rest upon the legislative power of the States of the American Union, cit., p. 182 e s.; CORWIN, Edward S. The “Higher Law” background of American constitutional law. *Harvard Law Review*, 42(2):1928-29.

208 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, cit., p. 194-195; *Segundo* QUINTANA, V. Linares. *Tratado de ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, cit., p. 152-158.

209 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución,* cit., p. 194.

210 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, cit., p. 195; *v.,* também, *Segundo* QUINTANA, V. Linares. *Tratado de ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, cit., v. 2, p. 152.

211 *BVerfGE*, 1:14(61): “Eine verfassungsgebende Versammlung hat einen höheren Rang als die auf Grund der erlassenen Verfassung gewählte Volksvertretung. Sie ist im Besitz des ‘pouvouir constituant’. Sie schafft die neue, für werdenden Staat verbindliche, mit

besonderer Kraft ausgestattete Verfassungsordnung. Mit dieser besonderen Stellung ist es unverträglich, dass ihr von aussen Beschränkungen auferlegt werden. Sie ist nur gebunden an die jedem geschriebenen Recht vorausliegenden überpositiven Retsgrundsätze (...)".

212 *BVerfGE*, 1:14(18). A decisão do *Bundesverfassungsgericht* está a demonstrar o conteúdo jusnaturalista do próprio controle judicial de constitucionalidade, como sustentado por Bitar, nas brilhantes páginas de A lei e a Constituição, In: *Obras completas de Orlando Bitar,* cit., p. 136-137.

213 Em seu art. 27, a lei consagra a fórmula segundo a qual, "ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

214 BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. In: *Trabalhos jurídicos.* Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962. p. 70-71; e *O direito do Amazonas ao Acre Septentrional.* Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1910, v. 1. p. 103; CAMPOS, Francisco Luiz da Silva. *Direito constitucional.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. 1. p. 430-431; BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1958. p. 130-132; NUNES, José de Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário.* Rio de Janeiro: Forense, 1943. p. 589.

215 Cf. WILLOUGHBY, Westel Woodbury. *The Constitutional law of the United States.* New York, 1910, v. 1. p. 9-10. Cf. também COOLEY, Thomas M. *A treatise on the constitutional limitations.* 4. ed. Boston, 1878. p. 227.

216 Dentre outras, ADI 3.098/SP, Rel. Carlos Velloso, *DJ* de 10-3-2006; ADI 3.259/PA, Rel. Eros Grau, *DJ* de 24-2-2006; ADI 3.186/DF, Rel. Gilmar Mendes, *DJ* de 12-5-2006; ADI 3.035/PR, Rel. Gilmar Mendes, *DJ* de 14-10-2005; ADI 3.323/DF, Rel. Joaquim Barbosa, *DJ* de 23-9-2005; ADI 1.007/PE, Rel. Eros Grau, *DJ* de 24-2-2006; ADI 1.704/MT, Rel. Carlos Velloso, *DJ* de 20-9-2002; ADI 532/SP, Rel. Marco Aurélio, *DJ* de 11-3-2005; ADI 3.055/PR, Rel. Carlos Velloso, *DJ* de 3-2-2006; ADI 1.475/DF, Rel. Octavio Gallotti, *DJ* de 4-5-2001; ADI 2.101/MS, Rel. Maurício Corrêa, *DJ* de 5-10-2001; ADI 2.847/DF, Rel. Carlos Velloso, *DJ* de 26-11-2004.

217 Dentre outras, ADI 3.061/AP, Rel. Carlos Britto, *DJ* de 9-6-2006; ADI 2.302/RS, Rel. Gilmar Mendes, *DJ* de 24-3-2006; ADI 3.254/ES, Rel. Ellen Gracie, *DJ* de 2-12-2005; ADI 2.249/DF, Rel. Gilmar Mendes, *DJ* de 17-2-2006; ADI 2.170/SP, Rel. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 9-9-2005; ADI 3.051/MG, Rel. Carlos Britto, *DJ* de 28-10-2005; ADI 2.966/RO, Rel. Joaquim Barbosa, *DJ* de 6-5-2005; ADI 3.267/MT, Rel. Joaquim Barbosa, *DJ* de 24-6-2005; ADI 2.750/ES, Rel. Eros Grau, *DJ* de 26-8-2005.

218 Rp. 1.305, Rel. Sydney Sanches, *RDA,* 170/46; Rp. 1.379, Rel. Moreira Alves, *DJ* de 11-9-1987.

219 Cf., a propósito, MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade:* aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 284; BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 127.

220 Rp. 1.379, Rel. Moreira Alves, *DJ* de 11-9-1987.

221 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional:* inconstitucionalidade e garantia da Constituição. Coimbra: Coimbra, 2001, t. 6. p. 224; MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional:* o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra, 2005, t. 2. p. 525.

222 ADI 2.174/DF, Rel. Maurício Corrêa, *DJ* de 7-3-2003; ADI 1.187/DF, Rel. Ilmar Galvão,

DJ de 30-5-1997; ADI 2.133/RJ, Rel. Ilmar Galvão, *DJ* de 4-5-2001.

223 ADI-QO 2.982/CE, Rel. Gilmar Mendes, *DJ* de 16-12-2004; ADI 1.662/SP, Rel. Maurício Corrêa, *DJ* de 19-9-2003. Sobre a inconstitucionalidade por arrastamento, ADI 2.895/AL, Rel. Carlos Velloso, *DJ* de 20-5-2005.

224 BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis,* cit., p. 126-127; ADI 2.895, Rel. Carlos Velloso, *DJ* de 2-2-2005; ADI 2.653, Rel. Carlos Velloso, *DJ* de 31-10-2003.

225 BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis,* cit., p. 127.

226 BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis,* cit., p. 125.

227 BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis,* cit., p. 128.

228 BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis,* cit., p. 128.

229 RMS 16.986, Rel. Aliomar Baleeiro, *RTJ,* 43/575; RMS 16.661, Rel. Evandro Lins e Silva, *RTJ,* 59/185; RE-EDv 69.749, Rel. Bilac Pinto, *RTJ,* 61 (1)/130; RE 63.318, Rel. Victor Nunes Leal, *RTJ,* 46 (1)/205; RE 99.180, Rel. Djaci Falcão, *RTJ,* 106 (3)/847.

230 ADI 1.045, Rel. Marco Aurélio, *DJ* de 6-5-1994, p. 10485.

231 COOLEY, Thomas M. *A treatise on the constitutional limitations.* cit., p. 228. Cf. também BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis,* cit., p. 93.

232 Rp. 948, Rel. Moreira Alves, *RTJ,* 82 (1)/55-56; Rp. 1.100, *RTJ,* 115 (3)/993 e s.

233 Cf., a propósito, Rp. 1.454, Rel. Octavio Gallotti, *RTJ,* 125 (3)/997.

234 Cf., a propósito, Rp. 1.389, Rel. Oscar Corrêa, *RTJ,* 126/514; Rp. 1.454, Rel. Octavio Gallotti, *RTJ,* 125 (3)/997; Rp. 1.399, Rel. Aldir Passarinho, *DJ* de 9-9-1988.

235 Cf., a propósito, BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, cit., p. 95.

236 Rp. 1.417, Rel. Moreira Alves, *RTJ,* 126 (1)/48.

237 ADI-MC 491, Rel. Moreira Alves, *RTJ,* 137 (1)/90; ADI 319, Rel. Moreira Alves, *DJ* de 30-4-1993.

238 ADI-MC 491, Rel. Moreira Alves, *RTJ,* 137 (1)/90.

239 ADI 939, Rel. Sydney Sanches, *DJ* de 18-3-1994, p. 5165-5166.

240 BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis,* cit., p. 93-94.

241 BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, cit., p. 95.

242 BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis,* cit., p. 95.

243 ADI 2.405/RS, Rel. Carlos Britto, *DJ* de 17-2-2006; ADI 1.344/ES, Rel. Joaquim Barbosa, *DJ* de 19-4-2006; Rp. 1.417/DF, Rel. Moreira Alves, *DJ* de 15-4-1988; ADI 3.046/SP, Rel. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 28-5-2004.

244 Rp. 1.454, Rel. Octavio Gallotti, *RTJ,* 125 (3)/997; Rp. 1.389, Rel. Oscar Corrêa, *RTJ,* 126/514; Rp. 1.399, Rel. Aldir Passarinho, *DJ* de 9-9-1988.

245 MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade:* os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 301.

246 ADI 2.405/RS, Rel. Carlos Britto, *DJ* de 17-2-2006; ADI 1.344/ES, Rel. Moreira Alves, *DJ* de 19-4-1996; Rp. 1.417/DF, Rel. Moreira Alves, *DJ* de 15-4-1988.

247 ADI 3.324, ADI 3.046, ADI 2.652, ADI 1.946, ADI 2.209, ADI 2.596 e ADI 2.405.

248 ADI 1.105/DF e ADI 1.127/DF, Rel. orig. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Ricardo Lewandowski.

249 ADI 2.332, ADI 2.084, ADI 1.797, ADI 2.087, ADI 1.668 e ADI 1.344.

250 Sobre a difusa terminologia utilizada, *vide:* MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional:* o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio, cit., t. 2, p. 238 e s.; LA VEGA, Augusto Martín De. *La sentencia constitucional en Italia.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; REVORIO, Francisco Javier Díaz. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional.* Valladolid: Lex Nova; 2001; BOFILL, Héctor López. *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

251 GUASTINI, Riccardo. *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino: G. Giappichelli, 2001. p. 222.

252 ROMBOLI, Roberto; et al. *Giustizia costituzionale*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2007. p. 304.

253 Cf. BEILFUSS, Markus González. *Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 117-130.

254 Entre nós, a técnica manipulativa com efeitos substitutivos foi utilizada no julgamento da ADI-MC 2.332/DF, Rel. Moreira Alves, *DJ* de 2-4-2004, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal, vencido no ponto o Relator, decidiu "deferir a medida liminar para suspender, no art. 15-A do Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, introduzido pelo art. 1º da Medida Provisória n. 2.027-43, de 27 de setembro de 2000, e suas sucessivas reedições, a eficácia da expressão "de até seis por cento ao ano" (*omissis*) para dar, ao final do *caput* do artigo 15-A, interpretação conforme à Carta da República, de que a base de cálculo dos juros compensatórios será a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença".

255 CAMAZANO, Joaquín Brage. *La acción abstracta de inconstitucionalidad*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 409-410: ("La utilización de este tipo de sentencias se plantea especialmente respecto de las hipótesis de desigualdad normativa o trato desigual por parte de una ley, porque la Ley prevé determinadas consecuencias para determinadas hipótesis, pero no para otros supuestos que constitucionalmente hubieran exigido un tratamiento igual. Como dice el TC español, ante tales hipótesis cabe, en principio, *equiparar por arriba*, suprimiendo las restricciones o exclusiones injustificadas establecidas por el legislador con la consiguiente extensión del beneficio a los discriminados").

256 LA VEGA, Augusto de. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 229-230.

257 LA PERGOLA, *La Constitución como fuente suprema del Derecho*. In: PINA, Antonio. *División de poderes e interpretación: hacía una teoría de la praxis constitucional*. Madrid: Tecnos, 1987. p. 149.

258 Cf. o voto que proferi na ADPF-QO 54, Rel. Marco Aurélio, *DJ* de 31-8-2007, p. 170-171.

259 MI 670, Rel. para o acórdão Gilmar Mendes, MI 708, Rel. Gilmar Mendes, e MI 712, Rel. Eros Grau, julgados em 25-10-2007. Tenha-se presente, ainda, o MI 543, Rel. Octavio Gallotti, *DJ* de 24-5-2002, e o MI 283, Rel. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 14-11-1991, quando restou assentado que "é dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo que

fixar, de molde a facultar-lhe, quando possível, a satisfação provisória do seu direito".

260 ADI 3.105, Rel. Ellen Gracie, *DJ* de 18-2-2005.

261 MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional:* o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio, cit., t. 2, p. 257.

262 HC 70.514, julgamento em 23-3-1994.

263 RE 147.776-8, Rel. Sepúlveda Pertence, *Lex-JSTF,* 238/390.

264 ADI 2.240/BA, Rel. Eros Grau, *DJ* de 3-8-2007.

265 *Informativo STF* n. 555, 10 a 14-8-2009 (ADI 3.430/ES, Rel. Ricardo Lewandowski).

266 MI 107, Rel. Moreira Alves, *RTJ,* 133 (1)/11 (38-39).

267 MI 107, Rel. Moreira Alves, *RTJ,* 133 (1)/11 (38-39).

268 MI 107, Rel. Moreira Alves, *RTJ,* 133 (1)/11 (38-39).

269 MI 107, Rel. Moreira Alves, *RTJ,* 133 (1)/11 (39).

270 Embora na doutrina os casos de exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade sejam considerados exemplos típicos de lacuna da lei [LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft.* 5. ed. Berlin-Heidelberg-New York, 1983. p. 359; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz.* Berlin, 1964. p. 81; JÜLICHER, Friedrich. *Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei gesetzgeberischem Unterlassen.* Berlin, 1972. p. 29; MAURER, Hartmut. Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen. In: *Festschrift für Werner Weber.* Berlin, 1974. p. 345 (352)], vem-se ressaltando, há algum tempo, que, nessas hipóteses, tem-se uma relação normativa inconstitucional (*Verfassungswidrige Normrelation*) (IPSEN, Jörn. *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt,* Baden-Baden, 1980. p. 214). Entre nós, ver ação direta de inconstitucionalidade por omissão proposta pelo Procurador-Geral da República relativa à Lei n. 7.719, de 6-1-1989 (ADI 799, Rel. Néri da Silveira), na qual se afirma possível afronta ao art. 39, § 1º, da Constituição.

271 MI 107, Rel. Moreira Alves, *RTJ,* 133 (1)/11 e s.

272 Rp. 971, Rel. Djaci Falcão, *RTJ,* 87 (2)/758; Rp. 1.016, Rel. Moreira Alves, *RTJ,* 95 (3)/998.

273 IPSEN, Jörn. Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, cit., p. 216.

274 BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro,* cit., p. 131; CAMPOS, Francisco Luiz da Silva. *Direito constitucional,* cit., p. 430-431.

275 Cf., *supra*, Título IV, Capítulo III, II, 2.

276 Conforme capítulo sobre ADI por omissão *supra.*

277 Cf. Título IV, Capítulo II, II, 1. Exemplo de *alternativa normativa* de índole constitucional consta do art. 140, parágrafos 5 e 7, da Constituição austríaca.

278 *BVerfGE,* 6, 257 (264); 8, 1 (19); 30, 292.

279 Cf., a propósito, MAURER, Hartmut. Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen. In: *Festschrift für Werner Weber,* cit., p. 345 (353, 360, 368).

280 Cf., na jurisprudência da Corte Constitucional alemã sobre controle de normas: *BVerfGE,* 17, 210 (215); 44, 70 (88); 45, 376 (384); 47, 55; 48, 281; 63, 152 (166); 64, 158 (168); 64, 243 (247); *BVerfGE,* 43, 154 (167).

281 Parecer do Ministro Rodrigues Alckmin, de 19-6-1974, *DJ* de 16-5-1977, p. 3124; Parecer do Ministro Moreira Alves, de 11-11-1975, *DJ* de 16-5-1977, p. 3124; MI 107, Rel. Moreira Alves, *RTJ,* 133 (1)/11 (38-39).

282 Sobre a problemática no Direito alemão, cf. GOESSI, Manfred. *Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes.* Berlin, 1961. p. 45; FRIESENHAHN, Ernst. *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland.* Köln-Berlin-Bonn-

München, 1963. p. 105.

283 Cf., sobre a problemática, no Direito alemão, Título IV, Capítulo II, III, 3, 3.4.

284 A questão deixou de ser meramente acadêmica, uma vez que o PDT formulou ação direta de inconstitucionalidade contra a Lei n. 8.419, de 7-5-1992, que fixava o salário mínimo em Cr$ 230.000,00 (ADI 737, Rel. Moreira Alves).

285 *BVerfGE,* 8, 1 (19).

286 De certa forma, o disposto no art. 27 da Lei n. 9.868, de 1999, veio regular a matéria, prevendo, expressamente, a possibilidade de o Tribunal limitar os efeitos da decisão ou de declarar a inconstitucionalidade com eficácia *pro futuro*.

287 Sobre esse conceito, cf. HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Die Beseitigung verfassungswidriger Rechtslagen im Zweiaktenverfahren. *DVBl.* 1971. p. 842.

288 Cf., a propósito do Direito português, MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade:* os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei, cit., p. 716.

289 Cf., sobre o assunto, MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade:* os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei, cit., p. 703-704.

290 Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis n. 9.868 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

291 Cf. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade:* os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei, cit., p. 743.

292 Cf. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade:* os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei, cit., p. 748.

Da Jurisdição Constitucional ou do Controle de Constitucionalidade

Carlos Mário da Silva Velloso[1]

SUMÁRIO

1. Introdução: o debate entre Kelsen e Carl Schmitt. **2.** O florescimento da jurisdição constitucional ou do controle de constitucionalidade. **3.** A supremacia da Constituição: supremacia substancial ou sociológica. **4.** A supremacia formal ou jurídica da Constituição. **5.** A jurisdição constitucional ou o controle de constitucionalidade no Brasil. **6.** Controles difuso e concentrado: vantagens e desvantagens. **7.** Controle de constitucionalidade – Novos horizontes: o neoconstitucionalismo. **8.** Controle de constitucionalidade difuso. **9.** O recurso extraordinário, a repercussão geral e a súmula vinculante. **10.** Controle de constitucionalidade concentrado, em abstrato. **11.** Breve análise da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). **12.** Natureza dos efeitos da decisão proferida no controle concentrado. **13.** Controle concentrado: lei municipal em face da Constituição Federal nos Tribunais de Justiça dos Estados. **14.** A reprodução, na Constituição dos Estados, de normas constitucionais federais. **15.** Conclusões.

1. Introdução: o debate entre Kelsen e Carl Schmitt

Em artigo de doutrina que escrevi[2], registrei que, em seguida à conferência de Hans Kelsen[3], proferida há mais de setenta anos, na qual propugnou ele pela criação de tribunais constitucionais, a fim de realizar a jurisdição constitucional, tendo em vista que o ordenamento jurídico configura-se "como uma pirâmide hierárquica de normas, garantindo-se a hierarquia normativa através do controle da conformidade de normas de grau inferior com as determinantes normativas de grau superior"[4], seguiu-se o famoso debate que Kelsen travou com Carl Schmitt[5], em que Kelsen sustentou que a guarda da Constituição deveria ser deferida a um tribunal constitucional, que apreciaria as questões jurídico-constitucionais, realizando a supremacia da Constituição. É que esta é pressuposto de validade e de eficácia de toda a ordem normativa instituída pelo Estado e

“uma constituição, na qual não exista a garantia de anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória em sentido técnico”[6]. Carl Schmitt recusava a ideia da instituição de uma jurisdição constitucional, porque a decisão que resolve a questão de constitucionalidade teria natureza política. Não caberia, então, a um tribunal “fazer política”, na defesa da Constituição[7]. Essa defesa caberia, sim, a um órgão político. Essas duas posições exprimem, leciona Cardoso da Costa, “duas concepções diferentes de Constituição, ou do seu momento essencial e verdadeiramente radical (a uma concepção ‘normativista’ de Constituição, como era a de Kelsen, contrapunha-se uma sua concepção ‘decisionista-unitária’, como era a de Schmitt), e, consequentemente, do que deva ser a sua ‘defesa’ ou a sua ‘guarda’; como nela se exprimem, também, entendimentos diversos acerca da natureza da ‘justiça’ ou da função jurisdicional”[8].

Do debate, saiu vitorioso Hans Kelsen, que iniciou e pôs fim à polêmica. Sua conferência representou o alfa e o ômega da questão.

2. O florescimento da jurisdição constitucional ou do controle de constitucionalidade

A partir daí, e após a Segunda Guerra, foi notável o florescimento da jurisdição constitucional na Europa continental, registra Mauro Cappelletti, com a consolidação e alargamento do controle de constitucionalidade e sua introdução onde ainda não existia[9]. As causas desse florescimento da jurisdição constitucional foram mesmo estas: o renascimento do constitucionalismo após a Segunda Guerra, a redescoberta da ideia de constituição e a necessidade de protegê-la[10].

A Constituição da Áustria, de 1920, sob a inspiração de Kelsen, criou a Corte Constitucional austríaca, aperfeiçoada com a reforma constitucional de 1929, também inspirada por Kelsen, e suprimida em 1938 com a ocupação alemã. A Tchecoslováquia e a Espanha, em 1921 e 1931, respectivamente, criaram as suas Cortes Constitucionais, as quais tiveram, entretanto, duração efêmera[11]. Só após a Segunda Guerra se deu o florescimento da jurisdição constitucional: a Corte Constitucional da Áustria foi reaberta em 1945. A Constituição italiana, de 1947, com

vigência a partir de 1º de janeiro de 1948, criou a Corte Constitucional da Itália, instalada em 1956. O mesmo ocorreu com a Alemanha Federal, com a Lei Fundamental de Bonn, de 1949. Seguiu-se a instituição de Cortes Constitucionais no Chipre, em 1960; na Turquia, em 1961; na Iugoslávia, de 1963 a 1974; na Tchecoslováquia, em 1968; na Grécia, em 1975; em Portugal, na primeira reforma da Constituição de 1976, ocorrida em 1982; na Espanha, em 1978 e na Polônia, em 1986.

A jurisdição constitucional, ou o controle de constitucionalidade, objetiva tornar realidade a supremacia constitucional, que constitui, segundo bons constitucionalistas, o alicerce do moderno direito público.

Ora, a Constituição é pressuposto de validade da eficácia de toda a ordem normativa. Portanto, a sua supremacia deve ser efetivada, deve ser tornada realidade.

3. A supremacia da Constituição: supremacia substancial ou sociológica

A supremacia constitucional pode ser visualizada sob o ponto de vista substancial, sociológico, e sob o ponto de vista formal ou jurídico. Sob o ponto de vista substancial, material, o simples fato de que as normas que estabelecem as competências ou atribuições dos órgãos do Estado, dos poderes do Estado, estão na Constituição, só isto confere supremacia à Constituição. Vejamos a questão sob o ponto de vista sociológico: a Constituição dos Estados Unidos, a Constituição da Filadélfia de 1787, é, sob o ponto de vista jurídico, Constituição rígida. Talvez seja ela a Constituição mais rígida do planeta. É mesmo difícil emendá-la, já que, após aprovada a proposta de emenda pelo Congresso, mediante *quorum* qualificado, deve essa proposta ser submetida à aprovação, também por *quorum* qualificado, das Assembleias Legislativas dos Estados-membros. De outro lado, a Constituição britânica é uma constituição que se diz flexível, já que pode ser alterada pelo Parlamento da mesma forma como são elaboradas e alteradas as leis ordinárias. Já se disse, aliás, que o Parlamento britânico pode tudo, só não pode transformar homem em mulher. Na verdade, segundo o modelo do constitucionalismo da Revolução Americana de 1776 e da Revolução Francesa de 1789, a Constituição

britânica não é uma constituição escrita e é uma constituição flexível. Não obstante, pode-se dizer que é ela mais rígida, sob o ponto de vista sociológico, do que a Constituição norte-americana. A questão elucida-se de modo simples: seria possível ao Parlamento suprimir ou alterar o ato de *habeas corpus* de 1679, ou o *Bill of Rights* de 1689, ou preceitos da Magna Carta de 1215? Quando os franceses comemoraram, em 1989, o bicentenário da Revolução Francesa, estiveram em Paris chefes de Estado de diversos países, presidentes, primeiros-ministros, reis e imperadores, quase uma centena de chefes de Estado. Na ocasião, a então primeira-ministra da Inglaterra, Margaret Thatcher, entrevistada por jornalistas, disse que considerava muito importante comemorar o bicentenário da Revolução Francesa. Mas, acrescentou que, um século antes, os ingleses praticaram, em termos empíricos, os princípios afirmados, em termos doutrinários, pelos revolucionários franceses. É verdade. O *Bill of Rights* data de cem anos antes da Revolução Francesa. Ele é de 1689. E foi aí que se estabeleceu, por exemplo, em termos empíricos, a separação dos poderes: o Rei governaria, o Parlamento legislaria e os juízes seriam independentes. É a partir daí que se tem, de certa forma, o sistema de governo presidencial. E, num paradoxo, é a partir daí que surge, também, o parlamentarismo. Então, pergunta-se: será que o Parlamento teria condições de alterar esse documento, esse pacto celebrado entre o rei e os ingleses? Será que o Parlamento alteraria os arestos dos tribunais, arestos memoráveis, que também integram a Constituição britânica e que reconhecem direitos dos cidadãos ingleses? Então, sob o ponto de vista sociológico, é possível a afirmativa no sentido de que a Constituição inglesa, constituição flexível, é uma Constituição mais rígida do que a Constituição norte-americana.

4. A supremacia formal ou jurídica da Constituição

Interessa-nos, entretanto, a supremacia constitucional sob o ponto de vista formal ou jurídico. É dizer, porque a Constituição é produto de poder distinto dos poderes constituídos, o poder constituinte originário, e que somente pode ser alterada por um processo especial nela estabelecido, vale dizer, estabelecido pelo poder constituinte originário, ela é rígida[12].

O controle de constitucionalidade se realiza na medida em que verifica a

compatibilização vertical das normas, ou seja, a compatibilização das normas com a Constituição, verificação essa que se faz a partir do exame de certos requisitos, formais e substanciais. Os requisitos formais são subjetivos e objetivos. São subjetivos os que dizem respeito à competência do órgão que elaborou a norma. São objetivos os que dizem respeito à forma, aos prazos e aos ritos que devem ser observados na elaboração da norma. Já os requisitos substanciais dizem respeito aos direitos e garantias e às disposições inscritas na Constituição. A inconstitucionalidade formal resulta do descumprimento, na elaboração da norma, de requisitos formais, e a inconstitucionalidade material da violação de requisitos substanciais ou materiais[13].

O florescimento da jurisdição constitucional, a instituição do controle ou o seu alargamento têm como causa o redescobrimento da ideia de Constituição. Os povos do velho continente se esqueceram da ideia de Constituição e, por isso, pagaram caro, porque foram submetidos aos desmandos do autoritarismo: o fascismo na Itália, o nazismo na Alemanha, o franquismo na Espanha, o salazarismo em Portugal, o comunismo estalinista na Rússia e no leste europeu.

Após a Segunda Guerra, redescobriu-se, então, a ideia de Constituição e a necessidade de ser ela defendida e protegida. Daí, então, o florescimento da jurisdição constitucional de que nos fala Cappelletti[14].

5. A jurisdição constitucional ou o controle de constitucionalidade no Brasil

No Brasil, a jurisdição constitucional – a jurisdição constitucional propriamente dita, o controle de constitucionalidade e a jurisdição constitucional das liberdades, na classificação de Cappelletti – tem sido ampliada significativamente.

A Constituição do Império, de 1824, adotava o controle político. Com a República, adotamos o controle jurisdicional, segundo o padrão norte-americano, controle difuso, portanto. Este foi o modelo consagrado na Constituição republicana de 1891. A Constituição de 1934 “introduz a ‘ação direta interventiva’, modalidade de controle de constitucionalidade que se aproxima do modelo concentrado, vez que o único foro competente para

julgá-la era o Supremo Tribunal Federal", cuja decisão representava um *prius* para a intervenção federal no Estado-membro[15]. Estabeleceu, mais, a Constituição de 1934, que a decisão de inconstitucionalidade somente seria tomada pelo voto da maioria absoluta dos membros dos Tribunais e atribuiu ao Senado competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. A Carta de 1937, que simplesmente dava forma de legalidade à ditadura do Estado Novo, trouxe retrocesso. A Constituição de 1946 restaurou o controle de constitucionalidade. A Emenda Constitucional 16, de 1965, criou a ação direta genérica, ao instituir a representação de inconstitucionalidade da competência do Supremo Tribunal Federal, que seria proposta pelo Procurador-Geral da República. E prescreveu, ademais, que a lei poderia estabelecer processo de competência originária dos Tribunais de Justiça para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato municipal em face da Constituição do Estado. A partir daí, portanto, passamos a contar com os dois tipos de controle, o difuso e o concentrado, em abstrato, de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal, da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal. A Constituição de 1967, com e sem a EC n. 1/69, manteve o sistema, ampliado pela Constituição de 1988, que criou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, alargou a legitimação ativa para a ação direta de inconstitucionalidade e instituiu a arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental. A Emenda Constitucional n. 3, de 1993, criou a ação declaratória de constitucionalidade, ampliando e fortalecendo o controle concentrado.

Temos, portanto, os dois tipos de controle de constitucionalidade, o controle difuso e o controle concentrado, em abstrato. Aquele, segundo o modelo norte-americano, realiza-se num caso concreto, vale dizer, numa ação entre partes, que tenha como objeto uma pretensão. O concentrado, em termos abstratos, na forma dos tribunais constitucionais europeus, realiza-se numa ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto é a própria lei que se diz inconstitucional.

6. Controles difuso e concentrado: vantagens e desvantagens

Esses dois controles apresentam vantagens e desvantagens. Ana Cândida Ferraz dissertou a respeito[16]. Segundo ela, as vantagens e desvantagens dos controles difuso e concentrado podem ser assim resumidas. *Controle difuso*: *vantagens*: a eficácia e rapidez da decisão no caso concreto; a possibilidade de o lesado por ato inconstitucional defender-se direta e imediatamente; a natureza "jurídica" e não "política" da questão constitucional; *desvantagens*: a desarmonia dos julgados, com a desvalorização das decisões de declaração de inconstitucionalidade; a diluição do poder de controle pelas centenas de juízos e tribunais; o descrédito diante de decisões díspares. *Controle concentrado*: *vantagens*: a certeza do direito; a economia processual. Uma só decisão põe fim a milhares de ações; o aprofundamento do exame das questões de inconstitucionalidade; a maior autoridade do órgão julgador; *desvantagens*: o perigo da exacerbação do poder do órgão julgador único; a subtração, na prática, da interpretação constitucional aos juízes e tribunais. Acrescentaria: a declaração de inconstitucionalidade é proferida quase que imediatamente à promulgação do ato normativo, sem que a norma seja debatida e examinada por juristas e doutrinadores. No controle difuso o julgamento pela Corte Suprema dá-se após debate exaustivo nas instâncias inferiores, o que constitui, sem dúvida, uma vantagem.

Porque temos os dois tipos de controle podemos realizar o equilíbrio entre ambos, explorando as vantagens e minimizando as desvantagens de um e de outro.

Por isso mesmo, seria recomendável a adoção do recurso constitucional: existindo controvérsia sobre determinado tema constitucional, em demandas que correm em diversos Juízos ou Tribunais, poderia essa questão constitucional ser submetida, de logo, ao julgamento do Supremo Tribunal. Proferida a decisão pela Corte Constitucional, as demandas prosseguiriam no Juízo ou Tribunal de origem.

Esse recurso constitucional constitui o que, no Tribunal Constitucional alemão, é denominado controle concentrado em concreto. De certo modo, identifica-se ele com a arguição de descumprimento de preceito fundamental (C.F., art. 102, § 1º-).

7. Controle de constitucionalidade – Novos

horizontes: o neoconstitucionalismo

Segundo Kildare Gonçalves Carvalho[17], "o controle de constitucionalidade, como garantia da Constituição, não pode, nesta quadra da História, ser adequadamente compreendido fora do âmbito do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo". É que, "no pós-positivismo, que leva ao neoconstitucionalismo, são identificados: a) o valor no lugar da norma; b) a ponderação em vez da subsunção; c) a onipresença da Constituição em vez da independência do legislador ordinário, o que resulta na centralidade da Constituição, que irradia seus princípios e é invasivo de todo o direito infraconstitucional, cuja interpretação ou aplicação se dará segundo uma filtragem constitucional; d) a lei já não é a única fonte da norma, com o aparecimento dos princípios jurídicos; f) o direito, que valoriza a concepção de norma/sanção (Kelsen), passa a dar ênfase ao binômio norma/suporte administrativo, em que assume relevância a busca da eficácia normativa da Constituição; g) desenvolve-se uma nova dogmática da interpretação constitucional." Resume Kildare o seu pensamento a dizer que "o neoconstitucionalismo caracteriza-se pela força normativa da Constituição, com realce para os seus princípios; pela expansão da jurisdição constitucional; pelo desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação da Constituição".

Registrei, em trabalho doutrinário[18], que o Constitucionalismo tem evoluído significativamente, por etapas. Na primeira delas, que veio no bojo da Revolução Americana de 1776 e da Revolução Francesa de 1789, dá-se o surgimento da ideia de Constituição, Constituição limitadora do poder estatal, contemporânea das primeiras Declarações, ideia que foi plasmada através de séculos, com assento em precedentes históricos e doutrinários. O mais importante desses precedentes é a Magna Carta, de 1215, pacto entre João Sem Terra e os seus súditos. Na segunda etapa, a Constituição é reconhecida como lei, uma superlei, que, como tal, deve ser cumprida. No famoso caso, Marbury v. Madison, de 1803, a Suprema Corte americana torna realidade essa etapa, concretizada no Brasil com a República e que na Europa continental somente deu-se a partir da segunda metade da década de 1940. Na terceira etapa, ocorrida na Europa também no século XX, compreende-se que a Constituição deve ser protegida, ideia surgida, no continente europeu, em 1920, sob a inspiração de Kelsen. O

debate acontecido, linhas atrás referido, entre o líder da Escola de Viena e Carl Schmitt, a respeito de quem deveria ser o guardião da Constituição, teve como vencedor Kelsen. Enquanto este propugnava por um Tribunal Constitucional, Schmitt sustentava que o guarda da Constituição deveria ser um órgão político, o presidente do Reich. A abordagem de Schmitt refletia concepção decisionista-unitária da Constituição. A de Kelsen revelava concepção normativista desta[19]. Na Europa, realiza-se a ideia de Kelsen, ou seja, da jurisdição constitucional, e o seu florescimento, registra Mauro Cappelletti[20], após a Segunda Guerra, com a criação e instalação dos Tribunais Constitucionais. Finalmente, a quarta etapa, em que ocorre o predomínio da Constituição, com a constitucionalização do direito. É o raiar do neoconstitucionalismo, que tem como característica fundamental a formação do Estado Constitucional de Direito, no qual constitucionalismo e democracia se confundem, dando origem a Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito, Estado Constitucional Democrático, em que os direitos humanos ou direitos fundamentais constituem o arcabouço do edifício constitucional.

Luís Roberto Barroso[21] aponta três marcos deste: (i) o marco histórico, na Europa, com a criação dos Tribunais Constitucionais; no Brasil, com a Constituição de 1988. Com esta, vale registrar, dá-se o nascimento, aqui, do sentimento constitucional, que Pablo Lucas Verdu considera essencial ao bom cumprimento da Constituição[22]. Segue (ii) o marco filosófico, com o pós-positivismo, segundo o qual o Direito não pode ser compreendido sem a ética e com a introdução de meios de interpretação capazes de captar e ressaltar valores, a interpretação inspirada numa teoria de justiça, o direito interpretado a partir do princípio da dignidade humana[23]; finalmente, (iii) o marco teórico, com o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de hermenêutica constitucional inovadora. No ponto, vale invocar a teoria da mutação constitucional.

O apogeu da Constituição, o triunfo do Direito Constitucional, com o triunfo dos direitos fundamentais, nas suas diversas gerações, deu-se, no Brasil, foi dito linhas atrás, com a Constituição de 1988. A evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos últimos anos, principalmente após a segunda metade dos anos 1990, no rumo da proteção dos direitos, realiza o neoconstitucionalismo. As decisões seguintes, do

Supremo Tribunal, por exemplo, que Luís Roberto Barroso dá relevo, confirmam a assertiva: controle de constitucionalidade de emendas constitucionais (ADI 939-DF); Prev. Social, benefícios pagos em nome da proteção da maternidade (ADI 1.946-DF); redução do número de vereadores, fixação com observância da proporcionalidade em relação à população dos municípios, na forma do art. 29, IV, C.F., com efeitos prospectivos à decisão (RE 197.971-SP); fidelidade partidária (MMSS 26.602, 26.603, 26.604); rejeição do racismo antissemita (HC 82.424-RS); constitucionalidade de pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3150); estabelecimento de critérios na utilização de algemas, em obséquio à dignidade da pessoa humana (HC 91.952); CPIs, direito das minorias parlamentares (MS 24.831); galas de garantia constitucional ao mandado de injunção: aplicabilidade da lei de greve dos trabalhadores das empresas privadas aos servidores públicos, enquanto o Congresso não edita a lei própria (MI 712-PA); normatividade aos princípios: proibição do nepotismo em todos os poderes (ADC 12-MG, RE 579.951-RN).

O neoconstitucionalismo, identificando Constituição com democracia, instituindo Estado Democrático de Direito, buscando identificar o conteúdo da lei e a sua legitimidade, à luz da ética e dos direitos fundamentais, vem tendo boa aplicação no Brasil. Tudo isto tem sido possível porque a Constituição de 1988 representa, bem registrou Barroso, o marco histórico, no nosso País, desse novo constitucionalismo. Ademais, é importante realçar a democracia que praticamos, com mais de vinte anos de normalidade democrática.

8. Controle de constitucionalidade difuso

O controle de constitucionalidade difuso, praticado por qualquer juiz ou tribunal, surgiu no famoso caso Marbury vs. Madison, de 1803, relatado pelo *chief justice* Marshall. A Constituição americana não previa, expressamente, o controle de constitucionalidade. Marshall, entretanto, desenvolveu raciocínio lógico-jurídico. A Constituição exige, para ser alterada, processo especial. Assim, se uma lei ordinária a contradiz, é nula. Ao Judiciário cabe interpretar as leis, a fim de fazer valer a sua vontade concreta. Quando duas disposições legais entram em conflito, deve o juiz aplicar a que deve prevalecer. Tratando-se de disposições de igual força

normativa, ou de igual posição hierárquica, a prevalente será indicada pelos critérios tradicionais: lei posterior derroga lei anterior (*lex posterior derogat legi priori*), lei especial derroga lei geral (*lex specialis derogat legi generali*). Ocorrendo o conflito entre disposições, hierarquicamente diversas, lei ordinária e constituição rígida, a lei superior derroga a lei inferior (*lex superior derogat legi inferiori*). Logo, se o juiz está diante do conflito entre norma de lei ordinária e norma constitucional, não aplicará a primeira e sim a segunda[24].

O controle difuso foi introduzido, no Brasil, com a República. A Constituição de 1891 o consagrou. Qualquer juiz ou tribunal tem o poder–dever de, no conflito entre norma infraconstitucional e norma constitucional, dar aplicação a esta em detrimento daquela.

9. O recurso extraordinário, a repercussão geral e a súmula vinculante

O Supremo Tribunal Federal realiza o controle difuso através do recurso extraordinário (C.F., art. 102, III). A Emenda Constitucional n. 45, de 2004, criou a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, como pressuposto do recurso extraordinário (C.F., art. 102, § 3º-), espécie de arguição de relevância, porém distinta desta. É que todas as questões constitucionais são, de regra, relevantes. Todavia, nem todas essas questões, discutidas no caso concreto, teriam repercussão geral. Segundo a Lei n. 11.418, de 19.12.2006, que regulamentou a matéria, acrescentando os artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil, para efeito da repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (CPC, art. 543-A, § 1º-). Haverá, ademais, repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal (CPC, art. 543-A, § 3º-). Enquanto a repercussão geral é pressuposto de admissibilidade e filtro relativamente ao recurso extraordinário, a arguição de relevância, que fora adotada no regimento interno do Supremo Tribunal, constituía, simplesmente, forma de afastar o veto regimental ao recurso extraordinário.

A Emenda Constitucional n. 45, de 2004, estabeleceu, ademais, a súmula

com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Do ato administrativo ou da decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que a aplicar indevidamente, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, determinando que outra seja proferida (C.F., art. 103-A, § 3º-).

Ambas, repercussão geral e súmula vinculante, reforçam o controle difuso. Aquela afasta do recurso extraordinário questões que não ultrapassam os interesses subjetivos da causa, questões miúdas, de regra. Esta impede a multiplicação de demandas, eliminando centenas de recursos repetitivos.

10. Controle de constitucionalidade concentrado, em abstrato

Registra Kildare Gonçalves Carvalho que "*a* Constituição de 1988 alterou, de modo significativo, o perfil do controle de constitucionalidade, "germanizando" o sistema, com a valorização do controle concentrado"[25]. Isto realmente ocorreu. A Constituição de 1988 ampliou, significativamente, os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (C.F., art. 102, I, *a*, art. 103), criou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (C.F., art. 103, § 2º-), o mandado de injunção, espécie de controle concentrado no caso concreto (C.F., art. 102, I, *q*). A EC n. 3, de 1993, no rumo da valorização do controle concentrado, instituiu a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (C.F., art. 102, I, *a*). A Constituição de 1988 criou, ademais, a arguição de descumprimento de preceito fundamental dela decorrente, que será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei (C.F., art. 102, § 1º-).

A Constituição deixa expresso que as decisões definitivas de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e

municipal (C.F., art. 102, § 2º-). A eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade, que a EC n. 3/1993 consagrara para a ação declaratória de constitucionalidade, foram introduzidos pela EC n. 45, de 2004. O Supremo Tribunal, entretanto, já decidia por essa eficácia e esse efeito, relativamente à ação direta de inconstitucionalidade, tendo em vista o caráter dúplice de ambas essas ações, a declaratória de constitucionalidade e a direta de inconstitucionalidade.

A Lei n. 9.868, de 10.11.1999, dispôs sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, enquanto que a Lei n. 9.882, de 3.12.1999, disciplinou o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, emprestando eficácia plena ao § 1º- do art. 102 da Constituição.

Tem-se, então, em resumo, que o controle difuso segue o modelo americano, tomado no caso Marbury vs. Madison, de 1803. Realiza-se em concreto, em qualquer ação, incidentalmente ou por via de exceção. A decisão é, de regra, declaratória, com efeitos *inter partes* e retroativo, *ex tunc*. O ato inconstitucional é um ato que nasce morto, segundo a doutrina tradicional. Já o controle concentrado tem como padrão os tribunais constitucionais europeus, instituídos sob a inspiração de Kelsen. A criação da primeira Corte Constitucional ocorreu na Áustria, em 1920. Foi ela mantida com a reforma constitucional de 1926, mas suprimida, em 1938, com a invasão da Áustria pelos exércitos nazistas. O controle concentrado ocorre em abstrato, numa representação ou ação direta de inconstitucionalidade. A decisão de inconstitucionalidade seria, segundo Kelsen, constitutiva-negativa ou desconstitutiva, com eficácia *erga omnes* e efeito fixado *pro tempore*, vale dizer, *ex tunc*, *ex nunc* ou *pro futuro*. O ato inconstitucional seria, pois, anulável. Esse controle teve notável florescimento, na Europa continental, a partir da segunda metade dos anos 1940, após a Segunda Guerra.

11. Breve análise da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e da arguição de

descumprimento de preceito fundamental (ADPF)

O processo da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) tem natureza objetiva. A ADI e a ADC não tutelam situações jurídicas individuais[26]. A ADPF, em princípio, também não tutela situações objetivas individuais, porque objetiva evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público (Lei n. 9.882/99, art. 1º-). Constituir-se-á ação incidental, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição Federal.

Não há aplicação, em termos ortodoxos, no processo objetivo, de normas do processo subjetivo[27] e não será admitida a desistência da ação[28].

Na ADPF, preceito fundamental não é o mesmo que os princípios fundamentais inscritos nos artigos 1º- a 4º- da Constituição. É mais do que isto. Dizem respeito, por exemplo, além daqueles princípios, à autonomia do Estado-membro, aos direitos e garantias fundamentais, à forma federativa, ao voto direto, secreto, universal e periódico, à separação dos poderes, à soberania, à cidadania, aos valores sociais do trabalho, ao pluralismo político, aos princípios, de modo geral. Na ADPF não se discute, portanto, qualquer norma constitucional.

Nas ações diretas não há impedimento ou suspeição do ministro, a não ser no caso em que haja o ministro oficiado como Procurador-Geral da República, ou Advogado-Geral da União.

Os legitimados para a ADPF são os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade (Lei n. 9.882/99, art. 2º-, I). Todavia, qualquer interessado poderá solicitar ao Procurador-Geral da República a propositura da arguição.

Nas ações diretas não cabe recurso da decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, ressalvada a interposição de embargos declaratórios. Não cabe, também, ação rescisória[29]. Não são admitidos embargos de declaração de terceiros que se dizem prejudicados[30].

Nas ações diretas, cujo objeto seja o mesmo, as ações serão apensadas à

ação aforada em primeiro lugar[31].

Não será admitida a ADPF quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesão (Lei n. 9.882/99, art. 4º-, § 1º-). O entendimento do Supremo Tribunal Federal tem evoluído para considerar esse meio eficaz no processo objetivo, vale dizer, no controle concentrado. A medida liminar somente será concedida pela maioria absoluta dos membros do Supremo Tribunal (Lei n. 9.882/99, art. 5º-). Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou em período de recesso do Tribunal, poderá o relator conceder a liminar *ad referendum* do Tribunal Pleno (art. 5º-, § 1º-). O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem assim o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de cinco dias (art. 5º-, § 2º-). A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da ADPF, salvo se decorrentes da coisa julgada (art. 5º-, § 3º-). Apreciado o pedido de liminar, na ADPF, o relator solicitará informações aos responsáveis pelo ato questionado, no prazo de dez dias (art. 6º-). Poderá o relator, se entender necessário, ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para declarações em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria (art. 6º-, § 1º-).

Nas ações diretas não há intervenção assistencial de terceiros. Poderá ser admitido o *amicus curiae*[32]. O julgamento cinge-se ao texto impugnado como inconstitucional, não sendo possível estender a declaração de inconstitucionalidade a outros dispositivos constitucionais não atacados[33]. Não se conhece de ADI que impugna apenas alguns preceitos do sistema normativo da lei, deixando de impugnar outros dispositivos relacionados com os dispositivos impugnados, cuja declaração de inconstitucionalidade alteraria o sistema da lei, fazendo do Supremo Tribunal legislador positivo[34]. Também não se conhece de ADI quando, para o deslinde da questão, torna-se necessário o exame de outras normas infraconstitucionais ou de matéria de fato[35].

Tratando-se de ADPF, julgada a arguição, far-se-á a comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito

fundamental (Lei n. 9.882/99, art. 10). Confirma-se, aqui, a sentença do *justice* Charles Hugges: a Constituição é aquilo que a Corte Suprema diz que é. O cumprimento da decisão dar-se-á independentemente de acórdão (art. 10, § 1º-). A decisão será publicada no *Diário da Justiça* e no *Diário Oficial da União* (art. 10, § 2º-).

Nas ações diretas, é necessária a exposição, pelo autor, dos fundamentos jurídicos do pedido de declaração de inconstitucionalidade[36]. O objeto da ADI deve ser um ato normativo expedido pelo Poder Público[37]. Não haverá litisconsórcio passivo[38]. Porque inexistente o controle preventivo de constitucionalidade, não há falar em ADI que tenha por objeto o processo legislativo, vale dizer, projetos de lei.

O efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade o Supremo Tribunal o admite[39], de regra, também no controle concentrado.

Não caberá ADI contra ato normativo secundário: decretos, regulamentos etc.[40]. A declaração de inconstitucionalidade é da competência privativa do Poder Judiciário. Não há declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo com força de lei por lei ou por atos normativos com força de lei posteriores[41]. Não cabe ADI contra lei ou ato com efeito concreto[42]. Não há inconstitucionalidade superveniente. Não cabe, pois, ADI contra leis anteriores à Constituição. A questão resolve-se pelo não recebimento, pela Constituição nova, da lei com esta conflitante[43]. Revogada a lei arguida de inconstitucional a ação direta perde o objeto[44].

A Emenda Constitucional pode ser objeto da ADI[45].

A decisão proferida na ADPF tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público (Lei n. 9.882/99, art. 10, § 3º-). Na ADI e na ADC essa eficácia e esse efeito estão previstos na Constituição (C.F., art. 102, § 2º-).

12. Natureza dos efeitos da decisão proferida no controle concentrado[46]

A Lei n. 9.868/99 (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade) e a Lei n. 9.882/99 (arguição de descumprimento de

preceito fundamental) dispõem em seus artigos 27 e 11, respectivamente: “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. “Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no *processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado*.”

É dizer, as Leis n. 9.868 e 9.882, em seus artigos 27 e 11, autorizam o Supremo Tribunal a restringir os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, tanto nas ações diretas (ADI e ADC) quanto na arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Pode o Supremo Tribunal, pois, observadas as circunstâncias inscritas na lei – razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social –, emprestar às decisões proferidas no controle concentrado efeitos *pro tempore*, assim efeitos *ex tunc*, *ex nunc* ou *pro futuro*. Há quem sustente a inconstitucionalidade de tais dispositivos. O que precisa, entretanto, ser considerado é que, anota Sérgio Resende de Barros, “até nos Estados Unidos já se admite que o ingrediente político relativize o princípio da retroação *ex tunc*, como decidido em vários casos, dos quais se fixou como *leading case* o célebre caso Likletter *versus* Walker[47], em 1965, no qual a Suprema Corte reconheceu que a questão da retroatividade ou prospectividade dos efeitos do *judicial review* não corresponde a um princípio exarado na Constituição, mas a uma prática jurisprudencial, que pode ser alterada, portanto, pela própria jurisprudência, se necessário”[48]. “Tal significa dizer, em síntese,” leciona Carlos Roberto Siqueira Castro, “que a natureza dos efeitos da decisão judicial (*ex tunc* ou *ex nunc*) não emerge de princípio ou de preceito sediado na Constituição, configurando, isto sim, uma questão de política judicial (*judicial policy)*, desse modo sujeita a livre valoração jurisdicional, a ser feita em cada caso concreto, segundo as multivariáveis hipóteses em que são ministrados, na via da

jurisdição, os valores da justiça constitucional”[49].

Destarte, não devem essas questões, que inovam no controle de constitucionalidade, ser encaradas com espírito misoneísta, convindo ressaltar que efeitos prospectivos são reclamados, também, para a decisão que declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no controle difuso. A tendência, aliás, do Supremo Tribunal é no sentido de emprestar ao recurso extraordinário caráter objetivo[50].

13. Controle concentrado: lei municipal em face da Constituição Federal nos Tribunais de Justiça dos Estados

Em trabalho de doutrina que escrevi[51], anotei que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que se formou sob a Constituição de 1967, é no sentido da impossibilidade jurídica da ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal. No RE 93.313/SP, relator o ministro Alfredo Buzaid, a Corte Suprema decidiu que “não há, no sistema constitucional brasileiro, ação de arguição, em tese, de lei ou de ato normativo municipal, por contrariedade à Constituição da República, mediante representação do Chefe do Ministério Público local ao Tribunal de Justiça”. No mesmo acórdão o relator esclareceu que o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade do art. 54, I, *e*, da Constituição do Estado de São Paulo, que admitia o citado controle[52].

No RE 92.169-SP, relator o ministro Cunha Peixoto, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do dispositivo da Constituição paulista que instituía ação direta de lei municipal em face da Constituição Federal perante o Tribunal de Justiça[53].

O ministro Moreira Alves, no seu voto, deixou expresso que, “se fosse possível aos Tribunais de Justiça dos Estados o julgamento de representações dessa natureza com relação a leis municipais em conflito com a Constituição Federal, poderia ocorrer a seguinte situação esdrúxula. É da índole dessa representação que ela, transitando em julgado, tem eficácia *erga omnes*, independentemente *da participação* do Senado Federal, o que só se exige para a declaração *incidenter tantum*, o que

implica dizer que, se transitasse em julgado a decisão nela proferida por Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal estaria vinculado à declaração de inconstitucionalidade de Tribunal que lhe é inferior, mesmo nos casos concretos futuros que lhe chegassem por via de recurso extraordinário. O absurdo da consequência, que é de índole do instrumento, demonstra o absurdo da premissa"[54].

O Supremo Tribunal Federal, no regime da Constituição de 1988, tem decidido pela impossibilidade jurídica do controle em abstrato de lei municipal em face da Constituição Federal. Assim, por exemplo, nas ADIs 409-RS, relator o ministro Celso de Mello, 347-SP, relator o ministro Moreira Alves, nas Reclamações 337-ES, relator o ministro Paulo Brossard e 370-MT, relator o ministro Octavio Gallotti[55].

Não há, pois, no sistema constitucional brasileiro, controle concentrado de lei municipal em face da Constituição Federal, nos Tribunais de Justiça dos Estados-membros nem no Supremo Tribunal Federal (C.F., art. 102, I, *a*). O que a Constituição de 1988 admite, no art. 125, § 2º-, é a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Estadual, nos Tribunais de Justiça dos Estados-membros.

14. A reprodução, na Constituição dos Estados, de normas constitucionais federais

É certo que a Constituição Federal admite, no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados, o controle em abstrato de lei ou atos normativos municipais ou estaduais em face da Constituição Estadual (C.F., art. 125, § 2º). A questão, entretanto, registrei no voto que proferi na Reclamação 383-SP[56], ganha relevância jurídica quando o confronto da lei municipal ou estadual dá-se com dispositivo da Constituição Estadual que reproduz norma da Constituição Federal.

Na Rcl 370-MT, relatada pelo ministro Octavio Gallotti, a questão foi posta à apreciação do Supremo Tribunal. É que foi aforada, perante o Tribunal de Justiça do Mato Grosso, ação direta de inconstitucionalidade de determinadas leis estaduais em face da Constituição do Estado. A Assembleia Legislativa do Estado, então, interpôs, no Supremo, a Reclamação n. 370, sustentando que o processamento da mencionada ação

direta, no Tribunal estadual, implicaria usurpação da competência do Supremo Tribunal, dado que a Constituição estadual limita-se a reproduzir normas da Constituição Federal. O ministro Gallotti, relator, julgou procedente a reclamação, para avocar o conhecimento do processo ao Supremo Tribunal, voto acolhido pela unanimidade dos ministros.

Todavia, na Rcl 383-SP, relator p/acórdão o ministro Moreira Alves, o Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido de permitir o aforamento da ação direta de inconstitucionalidade, no Tribunal de Justiça estadual, de lei municipal em face da Constituição do Estado, mesmo quando esta reproduz norma da Constituição Federal de observância obrigatória, admitindo-se o recurso extraordinário "se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta".[57]

Registrei, no voto que então proferi, que, em certas matérias, em que o constituinte estadual poderia inovar, poderia adotar solução própria, prefere ele copiar disposição da Constituição Federal, disposição, entretanto, que, não fora isto, não incidiria na ordem local. No magistério de Raul Machado Horta, "as normas de imitação exprimem a cópia de técnicas ou de institutos, por influência da sugestão exercida pelo modelo superior".[58] Noutra hipótese, todavia, o constituinte estadual reproduz norma da Constituição Federal que, reproduzida, ou não, incidiria sobre a ordem local. É que, nessa hipótese, tem-se reprodução de norma central, assim obrigatória para as comunidades jurídicas parciais, norma central que constitui a constituição total do Estado Federal, constituição total "entendida como o setor da Constituição Federal formado pelo conjunto das normas centrais, selecionadas pelo constituinte, para ulterior projeção no Estado-membro, sem organizá-lo integralmente. A Constituição total é parte da Constituição Federal e não dispõe de existência formal autônoma fora desse documento."[59]

Destarte, a violação às normas estaduais de imitação resolve-se no âmbito da Constituição estadual. A ofensa, entretanto, às normas de reprodução, reprodução imposta à autonomia estadual, por se tratar de normas centrais, resulta em ofensa à Constituição Federal, dado que "as normas de reprodução decorrem do caráter compulsório da norma constitucional superior."[60]

Admitir-se, então, ao que penso, a ação direta de inconstitucionalidade de

lei municipal em face da Constituição Estadual, quando esta reproduz norma central da Constituição Federal, assim norma de observância obrigatória pelos Estados-membros, é o mesmo que admitir a ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal, o que, linhas atrás ficou claro, o sistema constitucional brasileiro não permite.

Todavia, repete-se, na Rcl 383-SP, o Supremo Tribunal Federal admitiu o aforamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal, no ponto em que esta reproduz norma de observância obrigatória pelos Estados, "com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta."[61]

15. Conclusões

O controle de constitucionalidade é político, quando realizado por órgão não integrante do Poder Judiciário, como ocorre na França, com o Conselho Constitucional. O controle político é, de regra, preventivo. No Brasil, temos modalidade de controle político: o veto do Presidente da República, que se realiza preventivamente (C.F., art. 66). O controle de constitucionalidade jurisdicional, que integra a jurisdição constitucional, realiza-se de forma repressiva e pode ser (i) difuso, segundo o modelo norte-americano, que teve origem no caso Marbury vs. Madison, de 1803, relatado pelo *chief justice* John Marshall, ou (ii) concentrado, na forma dos Tribunais Constitucionais europeus. O controle difuso é realizado por qualquer juiz ou tribunal, incidentalmente, no caso concreto, vale dizer, numa ação entre partes. O controle concentrado tem como objeto a própria lei, realizando-se em abstrato. No Brasil, temos o controle difuso a partir da Constituição republicana de 1891. O controle concentrado teve o seu embrião com a ação direta interventiva, *prius* da intervenção federal nos Estados, criada pela Constituição de 1934. A ação direta genérica surgiu com a Emenda Constitucional n. 16, de 1965, à Constituição de 1946. O controle concentrado foi significativamente ampliado pela Constituição de 1988 que, além de estabelecer extenso rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (C.F., art. 103), criou a ação direta de

inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (C.F., art. 102, § 1º-). A Emenda Constitucional n. 3, de 1993, instituiu a ação declaratória de constitucionalidade (ADC). A Constituição de 1988 criou, ademais, o mandado de injunção, espécie de ação de inconstitucionalidade por omissão, em concreto. O Supremo Tribunal Federal, recentemente, vem emprestando as galas de garantia constitucional ao mandado de injunção. A ADI, a ADC e a ADPF estão reguladas e disciplinadas, respectivamente, pelas Leis n. 9.868/99 e 9.882/99. As ações do controle concentrado têm caráter objetivo. As suas decisões têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Pode o Supremo Tribunal, observadas as circunstâncias inscritas na lei, emprestar às decisões proferidas no controle concentrado efeitos *pro tempore*, vale dizer, efeitos *ex tunc*, *ex nunc* ou *pro futuro*. A tendência da doutrina e do Supremo Tribunal é emprestar também às decisões do controle difuso a mesma eficácia e o mesmo efeito das decisões do controle concentrado, inclusive efeitos temporais, o que é justificável, dado que o Supremo Tribunal Federal é o guardião maior da Constituição[62] e há que compatibilizar o controle difuso com o concentrado num sistema em que ambos são adotados. A súmula vinculante, criada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, realiza, de certo modo, esse desiderato. Não há falar em controle concentrado da lei municipal frente à Constituição Federal, tanto no Supremo Tribunal quanto nos Tribunais locais. Todavia, pela ADPF, esse controle poderá ser feito, pelo Supremo. Pela ADPF, o controle de lei anterior à Constituição também poderá ser realizado (Lei n. 9.882/99). No que toca às normas constitucionais federais de reprodução obrigatória, na Constituição dos Estados, o Supremo Tribunal Federal admitiu o controle pelos tribunais locais, cabível, entretanto, o recurso extraordinário.

Após a Segunda Guerra, é dizer, a partir da década de 1940, com a criação dos Tribunais Constitucionais europeus, bem anotou Cappelletti[63], tem sido notável o florescimento da jurisdição constitucional, com a sua consolidação e ampliação, constituindo ela efetiva garantia dos direitos fundamentais. Mas é preciso registrar que a jurisdição constitucional ou o controle de constitucionalidade foi uma "ideia posta em prática, pela primeira vez, nos Estados Unidos, no século XVIII, e difundida depois, no curso do século XIX"[64], pelo que há de se reconhecer, registra James A. C. Grant, que "en verdad, se puede decir que la confianza en los tribunales

para hacer cumplir la Constitución como norma superior a las leyes establecidas por la legislatura nacional es una contribuición de las Américas a la ciencia politica”[65]. Daí lembrar Cappelletti que “com a Constituição norte-americana teve verdadeiramente início a época do constitucionalismo”, porque é aí que se tem “a concepção da “supremacy of the *Constitution* em relação às leis ordinárias”[66].

1 Ministro aposentado, ex-presidente do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral. Professor Emérito da Universidade de Brasília – UnB e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG, em cujas Faculdades de Direito foi professor titular de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Direito Público. Advogado.

2 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: GANDRA MARTINS (Coord.). *Direito contemporâneo* – Estudos em homenagem a Oscar Dias Corrêa. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 34.

3 KELSEN, Hans. La garantie juridictionnelle de la Constitution. *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1928. p. 197.

4 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. 1991. p. 976.

5 CARDOSO DA COSTA, José Manuel M. *Studia Iuridica*, 41, Boletim de Fac. de Direito, Universidade de Coimbra, Ed. Coimbra, 1999. p. 113.

6 KELSEN, Hans, ob. e loc. cits.

7 SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

8 CARDOSO DA COSTA, José Manuel M., ob. e loc. cits; SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 101 e segs.

9 CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado.* Porto Alegre: Sérgio Fabris, Editor, 1984. Idem, Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales.* L. Favoreu *et alii*, Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 599 e s.

10 FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. Apontamentos sobre o controle da constitucionalidade. *Rev. da Proc. Geral do Estado de São Paulo*, 34/27.

11 FERRAZ, Ana Cândida da Cunha, ob. e loc. cits.

12 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional comparado I* – O poder constituinte. São Paulo: Bushatsky, 1974.

13 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Saraiva. p. 33 e s.; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 23. ed. Malheiros. p. 37 e s.; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade* – Estudo de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 189 e segs.; VELOSO, Zeno. *Controle de constitucionalidade*. Ed. Cejup, 1999. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 205 e s.

14 CAPPELLETTI, Mauro, ob. e loc. cits.

15 FERRAZ, Ana Cândida da Cunha, ob. e loc. cits.

16 FERRAZ, Ana Cândida da Cunha, ob. e loc. cits.

17 CARVALHO, Kildare Gonçalves. Controle de constitucionalidade: aspectos contemporâneos. In: *Estudos de direito constitucional em homenagem ao Prof. Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 155.

18 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Vinte anos da Constituição de 1988. *Revista Fórum CESA* – Centro de Estudos das Sociedades de Advogados, n. 9, set./dez. 2008, p. 91.

19 SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. V., especialmente, a apresentação do livro feita por Gilmar Ferreira Mendes, que contém excelente resenha do tema.

20 CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1984. p. 65 e s.

21 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. RDA, 240/1; Vinte anos da Constituição Brasileira de 1988: o estado a que chegamos. RDE, 10/25; *Direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

22 VERDÚ, Pablo Lucas. *El Sentimiento Constitucional.* Madri: Réus, 1985.

23 RAWLS, John. *A Theory of Justice*, 1980; DWORKIN, Ronald. *Takind Rights Seriously*, 1977; ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, 1993; HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris; ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *A Constituição como norma e o Tribunal Constitucional*. BELLO, Enzo. Neoconstitucionalismo, democracia deliberativa e atuação do STF. In: VIEIRA, José Ribas (coord.). *Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. *Rev. de Dir. Const. e Internacional*, 63/64. BARCELLOS, Ana Paula. A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Rev. Interesse Público*, 4/2.

24 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional.* 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 34; BASTOS, Celso Ribeiro; GANDRA MARTINS, Ives. *Comentário à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. I/339 e s.

25 CARVALHO, Kildare Gonçalves. Controle de constitucionalidade: aspectos contemporâneos. In: *Estudos de direito constitucional* – Homenagem ao professor Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 155.

26 *RDA* 193/242; *RTJ* 164/506.

27 *RTJ* 170/81; ADIn 1.254-AgR/RJ.

28 *RTJ* 151/3; Lei n. 9.868/99, art. 5º-.

29 Lei n. 9.868/99, art. 26; *RTJ* 94/49.

30 *RTJ* 109/880; *RDA* 158/173.

31 ADIn 1.460/DF; ADIn 2110/GO.

32 *RDA* 155/155; *RDA* 157/166; RI/STF, art. 169, § 2º-; Lei n. 9.868/99, art. 7º- e seu §2º-; ADIn 1.552.

33 *RTJ* 137/1001; *RDA* 188/122; Rep. 1.313/MG.

34 ADIn 1.851/MC.

35 *RTJ* 164/897.

36 *RTJ* 144/690.

37 *RTJ* 164/506; ADIn 1.434-MC.

38 *RTJ* 164/895; ADIn 1.286.

39 *RDA* 181-182/119; *RDA* 59/339; *RTJ* 98/758, 97/1.369, 91/407 e 146/461.

40 *RDA* 183/132; 184/202/185/163, 179, 184; 188/201 e215; 191/214; *RTJ* 99/1.362. Todavia, tratando-se de regulamento autônomo, caberá a ação: *RTJ* 142/718; *RDA*

190/156; *RTJ* 155/430; ADIn 962-MC.

41 *RTJ* 151/331; ADIn 221-MC.

42 *RTJ* 140/36; ADIn 647; *RDA* 187/169; *RDA* 191/171; ADIn 2.137.

43 *RDA* 686/218 e 188/288; ADIn 521; *RDA* 187/152; *RDA* 191/214.

44 *RDA* 195/79; 194/242; *RTJ* 152/740.

45 *RDA* 191/214.

46 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. Malheiros Ed. p. 52 e segs.

47 MENDES, Gilmar Ferreira. Ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. In: MEIRELLES, Hely Lopes. *Ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade.* 22. ed., atualizada por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 336.

48 BARROS, Sérgio Resende. O nó górdio do sistema misto. In: (Org.) *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*: análises à Luz da Lei n. 9.882/99 – Vários autores, TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius. São Paulo: Atlas, 2001. p. 180.

49 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade* – Estudos de direito constitucional. 3. ed., 4. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 292 e segs. RE 197.917/SP, Min. Maurício Corrêa.

50 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade* – Estudos de direito constitucional. 3. ed., 4. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 292 e segs. RE 197.917/SP, Min. Maurício Corrêa; CUNHA JÚNIOR, Dirley. “Controle de constitucionalidade – teoria e prática”, Edições Podium, 2006.

51 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Supremo Tribunal Federal e o controle de constitucionalidade: resenha de decisões. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes (Org.). *Estudos em Homenagem ao Professor Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 135.

52 *RTJ* 104/724.

53 *RTJ* 103/1.085.

54 *RTJ* 103/1.114-1.115.

55 *DJ* de 15.03.91, 26.10.90 e 26.10.90.

56 *RTJ* 147/404.

57 *RTJ* 147/404.

58 MACHADO HORTA, Raul. *Autonomia do Estado-membro no direito constitucional brasileiro*. B.H., 1964. p. 193. Nesse julgamento ficaram vencidos os ministros Carlos Velloso, Francisco Rezek, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.

59 MACHADO HORTA, Raul, *Autonomia*, cit., p. 67.

60 MACHADO HORTA, Raul, *Autonomia*, cit., p. 193.

61 *RTJ* 147/404.

62 CUNHA JÚNIOR, Dirley. O princípio do *stare decisis* e a decisão do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade. In: *Leituras complementares de direito constitucional* – Controle de constitucionalidade. Belo Horizonte: Del Rey. p. 73.

63 CAPPELLETI, Mauro, *O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado*”, cit., p. 65 e s.

64 CAPPELLETTI, Mauro. Ob.cit., p. 46.

65 GRANT, James A. C. “El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes. Una Contribución de las Américas a la Ciencia Política”, *Revista de la Faculdad de Derecho de México*, 1963, ap. Cappelletti, Mauro, ob. cit., p. 46.

66 CAPPELLETTI, Mauro. Ob. e loc. cits.

Princípios Constitucionais

André Ramos Tavares[1]

SUMÁRIO

1. Preliminares. **2.** Categorias de estudo. **2.1.** Princípios e valores. **2.2.** Princípios constitucionais. **2.2.1.** A possibilidade de conflito abstrato entre princípios. **2.3.** Princípios gerais de direito. **2.4.** Princípios infraconstitucionais. **2.5.** Princípios e regras. **2.5.1.** Colisão entre princípios e regras. **3.** Características apontadas para a categoria dos princípios. **3.1.** Abstratividade, abertura ou inexauribilidade. **3.2.** Sistematicidade, interdependência ou mútua influência. **3.3.** Limitabilidade ou relatividade. **3.4.** Aplicabilidade imediata e programaticidade. **4.** Algumas classificações doutrinárias acerca dos princípios. **4.1.** J. J. Gomes Canotilho. **4.2.** Jean-Louis Bergel. **4.3.** Jorge Miranda. **4.4.** Sampaio Dória. **5.** A necessária dimensão principiológica dos direitos fundamentais. **5.1.** Aplicabilidade direta dos direitos fundamentais. **6.** Importância atual dos denominados princípios constitucionais. **7.** A Constituição como um sistema de normas: uma chave de leitura do Título I. **7.1.** Das cláusulas pétreas, dos "princípios sensíveis", dos preceitos fundamentais: categorias de normas da Constituição brasileira e sua relação com os princípios fundamentais do Título I. **8.** Dignidade da pessoa humana. **9.** Cidadania. **10.** República. **11.** Democracia e pluralismo político. **12.** Desenvolvimento nacional e justiça social. **12.1.** Justiça social. **12.2.** Desenvolvimento nacional. **13.** Sociedade sem preconceitos. **14.** Separação dos poderes. **15.** Soberania e princípios que regem o Brasil em suas relações internacionais. Referências.

1. Preliminares

O presente estudo será desenvolvido em duas frentes que se complementam. Inicialmente, será apresentada uma introdução à teoria dos princípios (constitucionais). Em seguida, realizar-se-á um estudo do extenso (materialmente falando) Título I da Constituição de 1988, que alberga os denominados princípios fundamentais da vigente Constituição.

A primeira etapa referida tem se constituído em inafastável pressuposto para a compreensão da contemporânea teoria da Constituição e, mais do que isso, da própria sistemática adotada pela maior parte das Constituições, desde a Constituição norte-americana, de 1787. Nesse contexto, como se verificará, tem sido amplamente vitoriosa a "classificação" proposta pelo norte-americano Ronald Dworkin, que estabeleceu os marcos divisórios

entre regras e princípios, ambas as categorias sendo proclamadas como normativas e, nessa medida, impositivas. Essa grande divisão, que enseja uma específica visão dos textos constitucionais (circunstância esta exemplarmente olvidada pela teoria), tem sido uma constante referencial dos diversos manuais e cursos editados no Brasil e no mundo. Por esse motivo, será aqui também apresentada e utilizada como pressuposto, sem que isso signifique, contudo, tratar-se de teoria isenta de críticas. A mais importante delas está na constatação de que assume, ainda que inconscientemente, elementos de uma teoria tributária de pressupostos positivistas (apesar de seu autor ser claramente um moralista do Direito). Isso porque estabelece categorias estanques e abstratas, independentemente da análise ou conexão a casos concretos, para chegar à tão propalada distinção. Seria preciso, pois, uma operação concreta prévia, como propugna Müller, para se poder estabelecer, aqui, uma divisão (ou não) menos formalista e mais estruturante.

A segunda parte desta análise teve, conscientemente, uma orientação mais dogmática, procurando refletir uma aplicação prática das teorias expostas na primeira parte deste estudo com relação aos princípios constitucionais fundamentais assim identificados pela própria Constituição de 1988.

Aliás, a identificação constitucional expressa de uma seara de normas como principiológicas não deixa de causar consequências nas teorias que se possam formular e adotar a respeito da específica Constituição brasileira de 1988, como se verificará ao longo deste estudo.

2. Categorias de estudo

2.1. Princípios e valores

É preciso resgatar, inicialmente, a ideia do mestre argentino Quintana, quando este identifica uma espécie de “alma” constitucional. Para o constitucionalista, “A *alma ou espírito da Constituição* está conformado pelo complexo, integral e orgânico, dos *valores* essenciais filosóficos, morais, históricos, sociais, jurídicos, econômicos etc., assim como dos ideiais, finalidades, propósitos e, em geral, condições que inspiram, adimam e fundamentam a totalidade ou parte qualquer do texto do corpo da

Constituição, enquanto lei funcional, fundamental e suprema do país”[2].

Realmente, como salienta Jorge Miranda, o Direito Constitucional encontra-se “todo ele envolvido e penetrado pelos valores jurídicos fundamentais dominantes na comunidade”[3].

Atualmente, a doutrina majoritária reconhece que as constituições contemporâneas são tributárias de certos valores[4], que albergam em suas normas como diretrizes, comandos ou objetivos[5] a serem alcançados por todo o sistema normativo e pelos operadores do Direito. Assim, “as Constituições não estão livres de valores, antes os pressupõem e os acolhem em seu seio”[6].

Ao sublinhar essa “nova fase” do Direito Constitucional, os autores estão especialmente preocupados em que se “desmistificasse a neutralidade axiológica da Constituição, que vinha sendo apontada pela doutrina”[7]. Não se pretende, evidentemente, confundir ou reduzir os dois planos implicados no presente estudo. Realmente, os valores encontram-se no âmbito axiológico, enquanto os princípios estão no plano deontológico, como bem assinala Robert Alexy[8]. Mas era preciso dar um passo além, para superar o positivismo e suas aporias em relação aos valores e aos fatos.

Cabral de Moncada, nessa perspectiva, entende o reconhecimento de valores como “direito natural de conteúdo democrático”, segundo o qual, pondera o autor, está se “querendo com isto evidenciar-se por um lado que os valores não constituem um objecto independente do conhecimento histórico das normas jurídicas positivas que lhes dão concretização e por outro lado que é do procedimento democrático de escolha que depende o essencial do respectivo conteúdo”.

E continua: “Os valores revelam-se, portanto, através das normas e outro material positivo, mas isso não significa que sejam elas que verdadeiramente os criam. Os valores são obviamente anteriores às normas positivas, apenas sucedendo que são estas que concretizam o vago conteúdo axiológico em causa, transformando-o em regras deontológicas de conduta”[9].

O Direito há de refletir as aspirações e valores que a sociedade deseja. É nesse momento, pois, que a carga axiológica da sociedade faz-se presente no Direito, especialmente no momento constituinte, ocasião em que os representantes diretos do povo irão marcar as normas fundamentais.

Assinala Peces-Barba acerca do fundamento dos valores que: “Un primer paso para explicar el fundamento de estos valores superiores tiene una dimensión contractualista, de una muy honda tradición en la cultura jurídica y política modernas. Los valores superiores se basan en el acuerdo mayoritario, que a través de la Constitución se produce entre los ciudadanos españoles. Con este acuerdo (...) se sitúa a la liberdad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político como los objetivos fundamentales del Estado social y democrático que se realizan a través del Derecho. El acuerdo no se produce sólo entre teóricos ciudadanos aislados, sino entre las fuerzas sociales y sindicales, partidos políticos y demás grupos que han puesto en marcha el sistema de convivencia de la Constitución” [10].

> “Los valores superiores no se fundan solo en el acuerdo entre los ciudadanos, sino que precisamente ese acuerdo recibe una determinada concepción moral o axiológica, que se perfila y se realiza en la historia moderna” [11].

Os valores, juridicamente falando, ora se apresentam como autênticas normas, inseridas no próprio texto constitucional, ora servem como diretrizes interpretativas, o que significa dizer que as demais normas devem ser interpretadas consoante os valores plasmados nas normas constitucionais.

Na Teoria do Direito como fenômeno cultural elaborada por Peter Häberle, as forças sociais não podem ser tratadas simplesmente como objetos, devendo ser integradas na concepção de Direito e Constituição. Essa lição se mostra extremamente preciosa para fins de revelar a impossibilidade de afastar as normas de Direito dos valores sociais que são consagrados em cada estrutura jurídica existente nos diversos países. A ideia de “Constituição aberta” leva a essa permeabilidade. Tais “valores”, a partir dessa concepção, passam a integrar o cerne do Direito.

As Constituições, em tempos mais remotos, eram entendidas apenas como documentos de divisão e estruturação do poder, com a respectiva delimitação de competências. Exemplo típico foram as conhecidas leis constitucionais que organizaram a Terceira República francesa.

A função de traçar valores para o ordenamento jurídico ou não era normalmente adjudicada à Constituição, ou nela se encontrava implícita, ou, ainda, era considerada derivada de algo anterior ao Direito positivo, ou

simplesmente era outorgada à legislação posterior.

Contudo, nas Constituições que emergiram após a Segunda Grande Guerra, já é possível assinalar conteúdos materiais nesses documentos básicos. Trata-se do que se convencionou denominar, embora impropriamente, “Constituição material”, que, contudo, não se incorporou à realidade atual sem ter sido alvo de contundentes críticas.

Assim é que Carl Schmitt, ao identificar esse viés, tachou-o de “tirania dos valores”, que conduziria, consoante sua visão, à derrocada do Estado legislativo e à instauração do “Estado jurisdicional”.

É conhecida a restrição aportada por Kelsen quanto a incorporar em textos constitucionais os denominados conceitos vagos, abertos à livre construção interpretativa, em especial quando usados para permitir o controle jurisdicional da constitucionalidade. Tratar-se-ia, para o mestre, de estabelecer balizas “flutuantes” para a atividade do legislador, já que dependentes do critério a ser adotado futuramente pelo Tribunal.

Assim é que, pela posição kelseniana, o ordenamento jurídico mantém uma relação de suprainfraordenação segundo a qual as normas são identificáveis como tais desde que tenham sido produzidas de acordo com as normas superiores, em termos formais. Essa relação não opera, em sua teoria, por serem as normas constitucionais dotadas de determinado sentido ou conteúdo valorativo. Nem se poderia pensar, conforme a teoria kelseniana, em fiscalização dessa supremacia se as normas constitucionais fossem abertas e vagas.

Não obstante essa posição, a quase totalidade dos sistemas constitucionais – senão todos – tem incorporado expressamente determinadas pautas materiais. O Direito Constitucional encontra-se “todo ele envolvido e penetrado pelos valores jurídicos fundamentais dominantes na comunidade” (Miranda, 1996, t. 2: 198).

O acolhimento de valores fez com que se desmistificasse a neutralidade axiológica da Constituição, que vinha sendo apontada pela doutrina. “A inovação consiste, pois, na declaração formal que uma Constituição realiza de sua inspiração ideológica” (Usera, 1988: 151).

A Constituição espanhola, de 29.12.1978, chegou a referir-se expressamente a um rol de “valores superiores”, nos seguintes termos: “Art. 1º, 1 – A Espanha constitui-se em Estado social e democrático de direito, que afirma como *valores superiores* do seu ordenamento jurídico a

liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político".

Como observa Cappelletti: "As Constituições modernas (...) contêm a indicação daqueles que são os supremos valores, as *rationes*, os *Gründe* da atividade futura do Estado e da sociedade" (Cappelletti, 1992: 89).

As Constituições são o receptáculo natural da ideia de valores dominantes na sociedade. Ademais, os valores são positivados, em geral, por meio dos denominados princípios constitucionais. São, pois, os princípios constitucionalmente adotados que apresentam a carga axiológica incorporada pelo ordenamento jurídico.

Outra coisa não ocorre com a Constituição brasileira, que "incorpora um extenso rol de valores, embora a eles se refira, em determinado momento, como *fundamentos* do Estado (art. 1º), em outra oportunidade, denominando-os *objetivos fundamentais* da República (art. 3º-), além de contemplar inúmeros outros valores referidos difusamente" (Tavares, 2008: 111).

Pois bem, essa incorporação de valores pela senda constitucional provoca profunda transformação das concepções estritamente formalistas do Direito.

2.2. Princípios constitucionais

Analisada a caracterização dos valores, cumpre, neste momento, traçar um conceito operacional de "princípios", para posteriormente evidenciar os denominados "princípios constitucionais"[12], o que também exige uma análise do que se entende por "Constituição".

Em primeiro lugar, assume-se, aqui, que a constitucionalização[13] de princípios não lhes altera a estrutura, pois continuam a pertencer a essa categoria geral denominada de princípios (muito embora dela – constitucionalização – derive uma eficácia diversa para essa categoria mais específica).

Lembra Ruy Samuel Espíndola que a ideia de princípio, em sentido *lato*, ou mesmo a sua conceituação, independentemente de qual seja o campo do saber, "designa a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento-chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais ideias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam" [14].

A ideia de “princípio” cunhada pela Teoria do Direito, por sua vez, é utilizada “ora para designar a formulação dogmática de conceitos estruturados por sobre o Direito positivo, ora para designar determinado tipo de normas jurídicas e ora para estabelecer os postulados teóricos, as proposições jurídicas concreta ou de institutos de Direito ou normas legais vigentes”[15].

Sampaio Dória lembra a tormentosa tarefa em definir o que seriam os princípios constitucionais da União, conforme previa o art. 63 da Constituição de 1891 que dispunha: “Cada Estado reger-se-á pela Constituição e pelas leis que adoptar, respeitados os princípios constitucionaes da União”. Diz Sampaio Dória que “se tem fugido, como o diabo da cruz, a precisar, definir, e, mais que tudo, especificar os princípios constitucionaes, a cujo respeito, nos termos do art. 63 da Constituição federal, são obrigados os Estados, ao adoptarem as leis, sob que se hão de reger”[16].

No entanto, enfrentando a celeuma, Sampaio Dória define os princípios em Direito Constitucional como “as bases organicas do Estado, aquellas generalidades do direito público, que como naus da civilização, devem sobrenadar às tempestades políticas, e às paixões dos homens. Os princípios constitucionaes da União brasileira são aquelles canones, sem os quaes não existiria esta União tal qual é nas suas características essenciaes”[17].

Os princípios não só se consagram como normas jurídicas como também adquirem a superioridade própria do instrumento que os alberga atualmente, ou seja, o *status* constitucional[18].

A Constituição, por sua vez, caracteriza-se por ser a Lei Maior de um Estado, traçando contornos para as demais normas integrantes do sistema jurídico enquanto fundamento necessário de sua validade[19]. Assim, pode-se concluir que os princípios elevados a esfera constitucional assumem importância maior[20] que os demais princípios jurídicos.

Nesse sentido, Paulo Bonavides assevera que os princípios estatuídos na Constituição: “Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo, positivação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da

hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, normas das normas"[21].

Os princípios constitucionais, anota Celso Ribeiro Bastos, "norteiam também o legislador ordinário, o Judiciário e o próprio Executivo. São o ápice do sistema jurídico, e é natural que tudo que se lhes siga faça a devida vênia a essas manifestações principiológicas"[22].

Rolando E. Pina, em análise dos precedentes da Corte Suprema alemã, observa atentamente a utilização contínua da expressão "princípio jurídico-constitucional" nas decisões daquela corte. Segundo o autor, entende-se, ali, por princípio jurídico constitucional, a "proposición a la cual refiere la Corte Suprema la definición de vigencia material de la cláusula constitucional".

> "En algunos casos la Corte sustituyó 'princípio' por 'regla' y adjudicó al princípio una función proposicional; ej.: 'Que la solución del presente caso no depende del problema, debatido en autos, de la operatividad del principio del art. 14 de la Constitución Nacional, en cuanto asegura igual remuneración por igual tarea; aun admitiendo su inmediata operatividad, resulta obvio que él no es sino una expresión de la regla más general de que la remuneración debe ser justa'"[23].

Por fim, faz-se mister reproduzir os ensinamentos de Pinto Ferreira, que ao discorrer sobre os princípios de Direito Constitucional bem sintetiza tudo o que acima foi exposto. Anota o autor: "A ciência do Direito Constitucional induz da realidade histórico-social os lineamentos básicos, os grandes *princípios constitucionais*, que servem de base à estruturação do Estado. Os princípios essenciais assim estabelecidos são os *summa genera* do Direito Constitucional, fórmulas básicas ou postos-chaves de interpretação e construção teórica do constitucionalismo, e daí se justifica a atenção desenvolvida pelos juristas na sua descoberta e elucidação"[24].

2.2.1. A possibilidade de conflito abstrato entre princípios

Admite-se a existência, na Constituição, de princípios colidentes, sem que isso comprometa a coerência ou supremacia da Constituição. Ou seja, é amplamente aceito pela teoria que, em face de determinado caso concreto, mais de um princípio seja, em tese, aplicável, e que os princípios

implicados sejam, eventualmente, contrários, quer dizer, que possam conduzir a soluções diversas, dependendo de qual seja aplicado. Essa situação é resolvida por meio da aplicação do denominado critério da proporcionalidade[25], com a cedência daquele princípio que não deve reger o caso concreto.

> "Um valor vigora [diz Celso Bastos] até determinado ponto a partir do qual recebe o influxo de um valor em sentido contrário. Por exemplo, a liberdade assegurada no *caput* do art. 5º da Lei Maior tem um efeito prático jurídico muito relevante, qual seja, o de cobrar de qualquer norma que a restrinja, a adequação aos demais valores. O fato é que jamais se poderá definir todas as situações em que o homem pode ser livre, o que cabe tão somente é fazer de forma contrária, ou seja, transferir à lei a incumbência de descrever qual a situação em que a liberdade cede lugar ao dever"[26].

Cumpre, ainda, ressaltar que não há hierarquia normativa entre *princípios*, eis que não se pode estabelecer na Constituição uma tábua de valências ou cargas distintas para os diversos princípios ali contemplados. Poder-se-ia verificar uma distinção valorativa, axiológica, mas não uma hierarquização normativa; a essa conclusão se chega considerando que todas as normas constitucionais se encontram no mesmo patamar hierárquico, e não se pode pretender atribuir a um princípio superioridade apriorística, em relação a outro princípio, por força de algum valor relevante que no primeiro se vislumbre. Esta é uma das tarefas vedadas ao intérprete.

2.3. Princípios gerais de direito

Observa Eros Grau que "um sistema ou ordenamento jurídico não será jamais integrado exclusivamente por regras. Nele se compõem, também, princípios jurídicos ou princípios de Direito"[27]. A categoria dos princípios de Direito, pois, sempre esteve presente nos ordenamentos jurídicos, ainda que não expressamente indicados ou denominados como princípios.

Acerca da juridicidade dos princípios, importante neste ponto de análise, Paulo Bonavides[28] aponta a existência de três fases discerníveis ao longo da evolução histórica: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

Na concepção jusnaturalista, os princípios eram considerados axiomas,

verdades universais, estabelecidos pela razão. Luis Cabral de Moncada se aproxima, ainda, dessa orientação, ao entender por princípios gerais de direito "as premissas de onde se retiram as soluções mais adequadas, algo ao jeito dos *édoxas* aristotélicos ou regras indiscutidas por serem de aceitação geral a partir das quais se desenvolvem propostas dialécticas"[29].

Com a concepção formalista, os princípios gerais do Direito assumem seu caráter positivo, sendo consagrados pelos códigos, mas apenas na exata medida da necessidade de colmatarem eventuais lacunas. Em outras palavras, os princípios gerais de Direito são considerados como fontes secundárias do Direito. Assim, não estavam acima das leis, mas ao seu lado, quando necessário fosse.

Ruy Samuel Espíndola vislumbra dois sentidos diversos de princípios jurídicos, a saber, primeiro como "princípios positivos do Direito", e na segunda acepção, "princípios gerais de Direito"[30]. Essa distinção bem realiza aquela fase em que os princípios gerais do Direito eram considerados como decorrentes da ideia de Direito, como externos ao Direito positivo, servindo apenas aos casos em que o Direito positivo, especialmente representado pela lei, não fosse capaz de fornecer solução específica (casos de lacuna da Lei).

Por fim, naquela que Paulo Bonavides denomina como fase pós-positivista, tem-se que as "novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais"[31].

A doutrina italiana de há muito já consolidou o entendimento acerca da força normativa dos denominados "princípios". Conforme o magistério de Norberto Bobbio: "Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha a questão entre os juristas se os princípios são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras"[32].

De qualquer forma, a expressão costuma ser evitada pelos Códigos, como noticia o próprio Norberto Bobbio, ao lembrar que: "A expressão 'princípios gerais do Direito' foi usada pelo legislador de 1865; mas pelos equívocos que podia suscitar, quanto a se se deveria entender por 'Direito' o Direito natural ou o Direito positivo, o projeto do novo código havia

adotado a fórmula ‘princípios gerais do Direito vigente, modificada na última redação para a atual fórmula: ‘princípios gerais do ordenamento jurídico do Estado’”[33]. No mesmo sentido, quanto à Constituição espanhola, anota Peces-Barba que o motivo pelo qual se preferiu o uso da expressão “valores superiores” a “princípios gerais de Direito” foi precisamente o de “superar la antítesis iusnaturalismo-positivismo, permanentemente latente en la cultura juridica contemporánea”[34]. O Brasil, contudo, parece ter tomado caminho oposto. Limongi França noticia, tratando das origens da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “(...) o Projeto Primitivo de Beviláqua, seguindo o Projeto de Coelho Rodrigues, falava tão somente em ‘princípios que se deduzem *do espírito da lei*’. E foi indicação de Lacerda de Almeida, membro da Comissão Revisora e sustentáculo da boa doutrina do Direito Natural, (...) que o Projeto Revisto, no art. 13, adotou a expressão ‘princípios gerais *de direito*’”[35].

Os princípios gerais de Direito, conforme os ensinamentos de Jean-Louis Bergel, são regras de Direito objetivo, não de Direito natural ou ideal, expressas ou não nos textos mas aplicadas pela jurisprudência e dotadas de um caráter suficiente de generalidade.

“Não sendo necessariamente enunciados por regras de Direito positivo, são menos rígidos e menos precisos do que as prescrições de textos formais. Formulados ou não pelo juiz, comportam uma autoridade, um rigor e uma aplicabilidade que, sem isso, a vontade do legislador, que eles exprimem e concretizam, não teria. No entanto, dentre todas as regras que a jurisprudência aplica ‘sem texto’, nem todas são princípios gerais de Direito”[36].

Mas, indaga Paulo Ferreira da Cunha, com toda pertinência: “que são os princípios gerais (fundamentais) senão as normas de Direito natural, positivadas e aplicáveis, ou (eventual e malfadadamente) não?”[37].

A fusão da maioria dos princípios gerais de Direito (na concepção jusnaturalista ou positivista) às Constituições atuais, de reconhecida força normativa, fizeram essa categoria sofrer aquela transformação mencionada, que os trouxe à fase pós-positivista.

Assinala Celso Ribeiro Bastos que “os princípios gerais de Direito encontram-se na Constituição, bem como servem de fundamento às demais áreas de nosso ordenamento jurídico. Estão presentes, portanto, em todo o

sistema, como seu fundamento último de legitimidade”[38].

No Direito Internacional Público, a primeira previsão dos princípios gerais de Direito data da Sociedade das Nações, já que o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, anexado à Carta da Nações Unidas, em seu art. 38, determina que serão fontes do Direito “os princípios gerais do Direito reconhecidos pelas nações civilizadas”[39].

Fazendo-se uma abordagem histórica no Direito pátrio, cumpre lembrar que os princípios gerais de Direito já foram elevados a *status* constitucional na Carta Política de 1934, ao prever esta, em seu art. 113, n. 37, que: “Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão da lei. Em tal caso deverá decidir por analogia, pelos *princípios gerais de Direito* ou por equidade”. Era, como se nota, a concepção predominante à época, que atribuía aos princípios gerais de Direito o caráter meramente subsidiário na superação de lacunas da lei.

Noticia Celso Bastos que nas Constituições atuais “tem-se assistido a uma crescente assimilação dos princípios gerais de Direito, que passam a ser traduzidos em normas expressas. Aliás, é o corpo onde naturalmente devem encontrar-se insertos. Não obstante isso, esses princípios continuam a pertencer a um patamar mais elevado, merecendo a designação de princípios gerais de Direito. Diz-se mais elevado não no sentido de colocá-los acima da própria Constituição, com o que serviriam de limites materiais ao próprio poder constituinte”[40].

Ainda segundo Celso Bastos é necessário que os princípios gerais de Direito sejam extraídos da própria Constituição. Nesse sentido, faz-se mister diferençar os princípios gerais de Direito dos princípios constitucionais. Isso “é a constatação de que ao contrário dos princípios gerais de Direito, que têm recebido da doutrina em geral, como característica, a concepção de subsidiariedade de sua aplicação, os princípios consubstanciados na Constituição são normas, e como tais, não são meras construções informativas”[41]. Isso é, se pretende-se manter a ideia de princípios gerais de Direito com aquela carga ideológica própria da fase positivista, será imperioso assinalar aos princípios constitucionais regime jurídico próprio, totalmente diverso. Consoante esse entendimento, os princípios gerais de Direito seriam princípios infraconstitucionais, além de serem de aplicação subsidiária.

Acerca desta subsidiariedade que assumiriam os princípios gerais de

Direito, basta atentar para a disposição do art. 4º- da Lei de Introdução ás Normas do Direito Brasileiro que, expressamente, determina “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os *princípios gerais de Direito*”, como o fizera a Constituição de 1934.

Contudo, há outro significado possível para “princípios gerais de Direito”. Poder-se-ia distinguir, dentro dos princípios consagrados constitucionalmente, entre princípios constitucionais gerais e meros princípios constitucionais. Ademais, “a doutrina tem procurado distinguir, dentre os próprios princípios, alguns, que são mais expansivos e mais relevantes para o Direito considerado como um todo, de outros, mais específicos de determinados setores. Com esse objetivo, é comum falar-se em princípios fundamentais, princípios políticos fundamentais, princípios da Administração Pública, princípios previdenciários, do processo, e outros tantos”[42].

2.4. Princípios infraconstitucionais

Tem-se por certo que os princípios constitucionais desempenham a função de cimentação sistemática do ordenamento, ou seja, reduzem o ordenamento a uma unidade congruente de normas. Todas as leis, decretos e atos normativos de qualquer índole devem obediência e acatamento aos mais altos padrões normativos, ou seja, aos princípios constitucionais[43]. Assim ocorre, pois, com todos os denominados ramos do Direito, seja o Direito penal, o civil, o trabalhista, previdenciário, processual ou qualquer outro.

São nestes que estariam albergados os princípios infraconstitucionais, ou seja, princípios integrantes do sistema jurídico pátrio que, no entanto, concernem apenas aos denominados subsistemas ou ramificações “estrutural-normativas” do Direito positivo.

Diz-se infraconstitucionais não só porque estes princípios não são estatuídos na Constituição, mas, também, porque não se configuram senão como próprios de determinados setores do Direito, aos quais se restringe sua aplicação.

A mais profunda indagação que se pode formular aqui diz respeito à própria existência de princípios infraconstitucionais. É que as Constituições contemplam princípios próprios de específicos setores do Direito ou, dito

de outra forma, assistiu-se, recentemente, a uma forte "constitucionalização" dos demais setores do Direito, especialmente no que tange aos princípios próprios (específicos) dessas áreas. Seria, pois, de indagar se todos os princípios, ainda que setoriais, já não estariam constitucionalizados, seja expressa, seja implicitamente.

O tema é delicado e exigiria, certamente, a análise pontual de cada ordenamento constitucional. No caso brasileiro, que se poderia tomar como paradigmático no que se refere à ampla "constitucionalização" promovida, é possível afiançar que boa parte dos princípios "setoriais" encontra-se realmente já plasmada na Constituição, apesar de serem reiterados pelas normas infraconstitucionais. Nessas circunstâncias, prevalece a força normativa constitucional. Mas nada há que impeça a denominação, subconstitucional, de uma norma, como principiológica. Ao legislador não está vedada essa possibilidade, embora já não se possa falar, com rigor, aqui, de uma categoria de princípios. Assim também nada impede que o legislador reitere (reproduza) princípios constitucionais impositivos, embora também a ocorrência seja de baixo rigor técnico.

2.5. Princípios e regras

Adota-se, comumente, uma categoria geral, um gênero, que são as normas, e suas espécies, as regras e os princípios, conforme já foi explicitado inicialmente. Estas duas últimas, pois, "são elementos que compõem o conjunto maior denominado norma"[44].

Ronald Dworkin trata da diferença entre princípios e regras apontando para a abstratividade daqueles diante destas. Assevera o autor, que é referência obrigatória na matéria: "This first difference between rules and principles entails another. Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. When principles intersect (the policy of protecting automobile consumers intersecting with principles of freedom of contract, for example), one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each. This cannot be, of course, an exact measurement, and the judgement that a particular principle or policy is more important than another will often be a controversial one. Nevertheless, it is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that is makes sense to ask how important or how weight it

is.

"Rules do not have this dimension. We can speak of rules as being *functionally* important or unimportant (the baseball rule that tree strikes are out is more important than the rule that runners may advanced on a balk, because the game would be much more changed with the first rule altered than the second). In this sense, one legal rule may be more important than another because it has a greater or more important role in regulating behavior. But we cannot say that one rule is more important than another within the system or rules, so that when two rules conflict one supersedes the other by virtue of its greater weight"[45].

Willis Santiago Guerra Filho, nessa mesma linha, assinala que se "distingue normas jurídicas que são regras, em cuja estrutura lógico-deôntica há a descrição de uma hipótese fática e a previsão da consequência jurídica de sua ocorrência, daquelas que são princípios, por não trazerem semelhante descrição de situações jurídicas, mas sim a prescrição de um valor, que assim adquire validade jurídica objetiva, ou seja, em uma palavra, positividade"[46].

Assim, o melhor traço para distinguir as normas, as regras dos princípios, é o maior grau de abstração destes, conforme lição amplamente acolhida pela Teoria do Direito Constitucional, pois os princípios não estariam a se reportar a nenhuma descrição de situação fática (hipotética) em específico, adquirindo, assim, a nota da máxima abstratividade (objetividade)[47].

Observa Celso Ribeiro Bastos que "os princípios são de maior nível de abstração que as meras regras e, nestas condições, não podem ser diretamente aplicados. Mas, no que eles perdem em termos de concreção ganham no sentido de abrangência, na medida em que, em razão daquela força irradiante, permeiam todo o texto constitucional, emprestando-lhe significação única, traçando os rumos, os vetores, em função dos quais as demais normas devem ser entendidas"[48].

A distinção entre regras e princípios no âmbito do "superconceito" norma, conforme aponta Canotilho, apresenta-se como uma tarefa complexa. Segundo o autor lusitano, alguns critérios podem ser utilizados para este mister, dentre eles o *grau de abstração*, *grau de determinabilidade*, *proximidade da ideia de Direito*, e, principalmente, o *caráter de fundamentabilidade que representam no sistema das fontes de Direito*. Neste último critério, aduz Canotilho, "os princípios são normas de

natureza ou com o papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito)”[49].

Ainda Canotilho salienta alguns aspectos que diferenciam qualitativamente regras e princípios. Entre os principais aspectos segue-se que: “(1) – os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *optimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *aplicable in all-or-nothing fashion);* a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky); a convivência das regras é antinómica. Os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se;

“(2) – consequentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de optimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à ‘lógica de tudo ou nada’), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. (...)”[50].

Assinala Guerra Filho que “a ordem jurídica, então, enquanto conjunto de regras e princípios, pode continuar a ser concebida, *à la* Kelsen, como formada por normas que se situam em distintos patamares, conforme o seu maior ou menor grau de abstração ou concreção, em um ordenamento jurídico de estrutura escalonada (*Stufenbau*). No patamar mais inferior, com o maior grau de concreção, estariam aquelas normas ditas individuais, como a sentença, que incidem sobre situação jurídica determinada, à qual se reporta a decisão judicial. O grau de abstração vai então crescendo até o ponto em que não se tem mais regras, e sim, princípios, dentre os quais, contudo, se pode distinguir aqueles que se situam em diferentes níveis de abstração”[51].

Na crítica realizada por Cabral de Moncada, seria possível apenas fazer uma distinção aproximativa entre regras e princípios gerais. Isso porque, segundo o autor “Não se vê muito bem que a distinção possa basear-se em critérios estruturais atentos, p. ex., à maior generalidade e indeterminação

dos princípios relativamente às regras que, não obstante, continuam a ser frequentemente utilizados. Deste ponto de vista, princípios e regras apenas se distinguem quantitativamente e, além do mais, a distinção dependeria sempre de um elemento aleatório, a vontade do legislador, pois que este pode até certo ponto manipular o alcance linguístico dos enunciados legislativos sem perda relevante de conteúdo, apresentando-os de uma ou de outra forma”[52].

2.5.1. Colisão entre princípios e regras

Tema de grande alcance prático e de alta complexidade diz respeito à colisão entre princípios e regras.

Para Ruy Samuel Espíndola “as regras são concreções dos princípios; são especificações regulatórias desses; são desdobramentos normativos dos mesmos. Assim, cumpre observar que não se manifestam antinomias, conflitos, colidências entre princípios e regras. Desta forma, quando em confronto dois princípios, um prevalece sobre o outro, e as regras que dão concreção ao que foi desprezado são *afastadas*, e essas não se aplicarão a determinadas hipóteses, ainda que permaneçam integradas, validamente, no ordenamento jurídico (...)”[53].

Contudo, há de se admitir que os princípios constitucionais possam ser excepcionados, pelo constituinte originário, o que ocorrerá, evidentemente, por meio da elaboração de determinada regra oposta ao princípio em apreço, sem que essa regra esteja necessariamente conectada a algum outro princípio constitucional que, por aplicação dessa regra, seja automaticamente invocado.

Poder-se-ia concluir, pois, que a regra constitucional acaba sobrepondo-se ao princípio, ou seja, ter-se-á a derrotabilidade dos princípios pelas regras. Na realidade, por ser concreta (específica), dirigida a determinada situação, a regra abre o seu espaço de aplicação, subtraindo-o do espaço genérico de aplicação do princípio. É uma retração do campo de incidência do princípio, por expressa vontade do constituinte originário.

Como síntese, pode-se afirmar que os princípios aplicam-se amplamente, salvo restrição expressa em sentido contrário, restrição essa que estará consubstanciada em uma regra.

3. Características apontadas para a categoria dos princípios

3.1. Abstratividade, abertura ou inexauribilidade

Na base da classificação binária amplamente encampada, como visto, os princípios se diferenciam das regras justamente pela abstratividade daqueles quando comparados com estes. Todavia, ambos caracterizam-se como normas.

Os princípios constitucionais, especialmente os direitos fundamentais, possuem a condição da abertura normativo-material, quer dizer, têm a capacidade de expandir seu comando consoante as situações concretas que se forem apresentando. É o que se pode denominar de eficácia irradiante[54].

A abstratividade implica na capacidade de alcançar um grande e indefinido número de situações concretas, nelas incidindo com seu comando normativo mínimo. Também pela abstratividade os princípios apresentam-se como orientações interpretativas no manejo das demais normas do sistema.

3.2. Sistematicidade, interdependência ou mútua influência

Todos os princípios contidos na Constituição obedecem a uma regra básica de interpretação: a necessidade de realizar uma leitura sistemática.

Isso equivale a dizer que os princípios estão imbricados entre si, e a correta dimensão de um deles só pode ser obtida a partir de uma interpretação sistemática. Os diversos princípios podem complementar uns aos outros. É necessária, pois, a consideração ampla de todos na análise de qualquer um deles em particular.

Pode haver, ainda, o que se denomina de cedência recíproca dos princípios aparentemente relacionados às mesmas hipóteses.

3.3. Limitabilidade ou relatividade

Todos os princípios, incluindo os direitos fundamentais, são considerados relativos em sua normatividade, na medida em que não se admite, no estágio atual da dogmática jurídica, que um princípio possa ser absoluto, afastando todos os demais em toda e qualquer hipótese. Assim, é equivocada a classificação, já apresentada pela doutrina, quanto à eficácia das normas constitucionais, na qual algumas normas são consideradas de eficácia absoluta, especialmente os princípios-cláusulas-pétreas.

Já ficou observado que "não existe nenhum direito humano consagrado pelas Constituições que se possa considerar absoluto, no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada aos casos concretos, independentemente da consideração de outras circunstâncias ou valores constitucionais. Nesse sentido, é correto afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos. Existe uma ampla gama de hipóteses que acabam por restringir o alcance absoluto dos direitos fundamentais"[55].

Assim, e como decorrência da sistematicidade já analisada, pode ocorrer que um princípio seja limitado por outro, ocorrendo o afastamento de um deles quando da solução de um caso concreto.

3.4. Aplicabilidade imediata e programaticidade

Com efeito, a teoria dos princípios teve seu ápice nos estudos de Vezio Crisafulli, que distinguiu e aperfeiçoou as funções integrativas, interpretativas e programáticas dos princípios. Ainda segundo Crisafulli, é a teoria dos princípios que dá sustentação à tese de eficácia das normas programáticas.

Nesta acepção, anota Crisafulli, "*programmatiche* si dicono, quelle norme giuridiche con cui il legislatore, invece di regolare immediatamete un certo oggeto, prestabilisce a se stesso un programma di azione, in ordine all'oggeto stesso, vincolandosi a non discontarsene senza un giustificato motivo. Con riferimento a quelle poste non in uma legge qualsiasi, ma in una Costituzione di tipo rígido, quale la nostra vigente, può e deve farsi un passo ulteriore, definendo *programmatiche* quelle norme costituzionali con cui un programa di azione è assunto dallo Stati ed assegnato ai suoi organi, legislativi, di indirizzo político ed admministrativi, precisamente come un programma che ad essi incombe l'obbligo di realizzare nei modi e nelle forme delle rispettive attività"[56].

Nas ponderações de Pontes de Miranda, “regras jurídicas programáticas são aquelas que o legislador, constituinte ou não, em vez de edictar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os podêres públicos. A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a êsses ditames, que são como programas dados à função legislativa”[57]. No mesmo sentido, José Afonso da Silva, em obra específica sobre o tema, leciona que “muitas normas são traduzidas no texto supremo apenas *em princípio*, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários. São estas que constituem as *normas constitucionais de princípio programático*”[58].

Assim, longe de pretender-se aqui uma mera e desnecessária repetição acerca da normatividade dos princípios, é preciso afirmar que as normas programáticas possuem elementos característicos dos princípios gerais. Desta feita, ensina Vezio Crisafulli que “le norme constituzionali programmatiche sono quase tutti – di fato – principi generali, e viceversa e principi generali, anche quando rivolti alla diretta e immediata disciplina di certe materie (ossia norme ‘imediatamente precettive’) hanno pure al tempo stesso valore programmativo nei confronti della futura disciplina legislativa dell’ordine di rapporti cui si referiscono, l’adozione di um principio generale significativo sempre l’adozione di una determinata linea di sviluppo dell’ordinamento giuridico”[59].

4. Algumas classificações doutrinárias acerca dos princípios[60]

4.1. J. J. Gomes Canotilho

Gomes Canotilho traça a tipologia dos princípios dentro do quadro do Direito Constitucional, distinguindo *princípios jurídicos fundamentais, princípios políticos constitucionalmente conformadores, princípios constitucionais impositivos* e *princípios-garantia*.

Nos primeiros, ressalta o autor que: “Consideram-se *princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objectivados e progressivamente*

introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do Direito positivo. (...) Designam-se por *princípios politicamente conformadores os princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte*. Nestes princípios se condensam as opções políticas nucleares e se reflecte a ideologia inspiradora da Constituição. (...) Tal como acontece com os princípios jurídicos gerais, os princípios políticos constitucionalmente conformadores são princípios *normativos*, *rectrizes* e *operantes*, que todos os órgãos encarregados da aplicação do Direito devem ter em conta, seja em actividades interpretativas, seja em actos inequivocadamente conformadores (leis, actos normativos)”[61].

Significa dizer que estes princípios segregados por Canotilho são princípios fundamentais historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na cultura jurídica, bem como valorações políticas fundamentais, inseridos, expressa ou implicitamente, na Constituição.

Já no tocante aos *princípios constitucionais impositivos* e os *princípios-garantia*, discorre Canotilho que, nos primeiros, “*subsumem-se todos os princípios que, sobretudo no âmbito da Constituição dirigente, impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas*. São, portanto, princípios dinâmicos, prospectivamente orientados”[62].

Continua o autor: “Estes princípios designam-se, muitas vezes, por ‘preceitos definidores dos fins do Estado’ (assim Scheuner: *Staatszielbestimmungen*), ‘princípios directivos fundamentais’ (Häfelin), ou ‘normas programáticas, definidoras de fins ou tarefas’”[63].

Os princípios-garantia, por sua vez, como do próprio nome pode-se extrair, visam a instituir, direta ou indiretamente, uma garantia aos cidadãos. “É-lhes atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa. Refiram-se, a título de exemplo, o princípio de *nullum crimen sine lege e de nulla poena sine lege* (cfr. art. 29), o princípio do juiz natural (cfr. art. 32/7), os princípios de *nom bis in idem* e *in dubio pro reo* (cfr. arts. 29/4, 32/2)”[64].

4.2. Jean-Louis Bergel

Bergel distingue duas grandes categorias de princípios gerais de Direito, a saber: princípios vinculados à filosofia política e princípios limitados a enunciar regras de técnica jurídica.

Segundo o autor, *princípios de filosofia política* "seriam então os que se referem à tradição liberal (princípios de igualdade e liberdade individuais e coletivas), à lógica das instituições e da vida social e aos direitos sociais fundamentais"[65].

Por sua vez, os *princípios de técnica jurídica* "seriam os que regem a ação administrativa e a atividade das jurisdições. Esta distinção parece transponível ao conjunto de Direito positivo: os princípios da autonomia da vontade, da indisponibilidade do Estado ou ainda da propriedade individual etc. seriam princípios de filosofia política, ao passo que o princípio da derrogação dos textos gerais e o do contraditório pelos textos especiais seriam apenas princípios de técnica jurídica"[66].

Contudo, alerta Bergel que esta classificação, não obstante ser de incontestável interesse intelectual, nas palavras do autor, possui o inconveniente de se apresentar demasiadamente imprecisa e sem consequências práticas.

Assim, aponta outra classificação, também pertinente, a distinguir os princípios gerais de Direito em *princípios diretores* e *princípios corretores*.

Ressalta Bergel que alguns princípios são princípios diretores, pois a ordem social depende deles, "assim, o princípio de que 'supõe-se que ninguém ignora a lei', o da autoridade da coisa julgada, o princípio da igualdade perante a lei e perante os encargos públicos, as liberdades fundamentais, o princípio de não retroatividade da lei, o princípio de legalidade dos delitos e das penas etc. são incontestavelmente vigas mestras de todo o edifício jurídico"[67].

Outros princípios, se considerados na sua natureza, são *princípios corretores* "de soluções legais que, sem eles, poderiam mostrar-se injustas ou inadaptadas. Assim, o princípio *fraus omnia corrumpit*, segundo o qual a fraude é exceção de todas as regras, ou o princípio dito *nemo auditur*..., segundo o qual ninguém pode alegar sua própria torpeza, de modo mais geral o princípio de boa-fé são, incontestavelmente, dessa natureza"[68].

Por fim, baseado na jurisprudência do Conselho Constitucional francês, e atrelada às especificidades do Direito positivo francês, Bergel distingue entre princípios fundamentais, que estariam no patamar constitucional, e princípios gerais, que se apresentariam no patamar legal, úteis na verificação da legitimidade das disposições regulamentares e dos atos administrativos[69].

4.3. Jorge Miranda

Na proposta de Jorge Miranda uma das características dos princípios constitucionais estará em sua "natureza", que pode ser diversa da de outros princípios, igualmente constitucionais, do que se deduz, portanto, a falta da homogeneidade e a necessidade de sua classificação.

Assim, poder-se-iam classificar os princípios constitucionais segundo o magistério de Jorge Miranda em "princípios constitucionais substantivos – princípios válidos em si mesmos e que espelham os valores básicos a que adere a Constituição material; e, de outra parte, princípios constitucionais adjectivos ou instrumentais – princípios, sobretudo de alcance técnico, complementares dos primeiros e que enquadram as disposições articuladas no seu conjunto"[70].

Para o autor, há ainda a possibilidade de subdividir-se os *princípios substantivos* em "princípios axiológicos fundamentais" e "princípios político-constitucionais".

Em suma, seria dizer que os *princípios axiológicos fundamentais* correspondentes aos limites transcendentes do Poder Constituinte, ponte de passagem do Direito natural para o Direito positivo (e que, no essencial, coincidem com os princípios axiológico-jurídicos de Castanheira Neves). Exemplos: a proibição de discriminação, a inviolabilidade da vida humana, a integridade moral e física das pessoas, a não retroactividade da lei penal incriminadora, o direito de defesa dos acusados, a liberdade de religião e de convicções, a dignidade social do trabalho etc.

> "Princípios político-constitucionais – correspondentes aos limites imanentes do Poder Constituinte, aos limites específicos da revisão constitucional, próprios e impróprios, e aos princípios conexos ou derivados de uns e de outros, os quais reflectem, como o nome indica, as

grandes marcas e direcções caracterizadoras de cada Constituição material diante das demais, ou sejam, as grandes opções e princípios de cada regime. Exemplo entre nós: o princípio democrático, o princípio representativo, o princípio republicano, o da constitucionalidade, o da separação dos órgãos do poder, o da subordinação do poder econômico ao poder político etc."[71].

Por fim, anota o autor que os princípios constitucionais instrumentais "correspondentes à estruturação do sistema constitucional, em moldes de racionalidade e operacionalidade; princípios fundamentalmente *construtivos* (na linha de Duguit) e que, embora vindos do Estado constitucional ou de Direito, hoje adquiriram uma relativa neutralidade a ponto de poderem encontrar-se um pouco por toda a parte. Exemplos: o princípio da publicidade das normas jurídicas, o da competência (ou da fixação da competência dos órgãos constitucionais pela norma constitucional), o do paralelismo das formas, o da tipicidade das formas de lei etc."[72].

4.4. Sampaio Dória

Na doutrina brasileira, não se pode olvidar a vetusta classificação dos princípios constitucionais elaborada por Sampaio Dória ainda sob a égide da Constituição de 1891, de grande originalidade na doutrina nacional.

Segundo o autor acima mencionado, os princípios constitucionais classificar-se-iam em: "1) os da estructura, ou que interessam de perto a physionomia geral do Estado, os princípios estructuraes; 2) os das attribuições, ou que definem as competencias peculiares aos orgãos da soberania, os princípios privativos; 3) e os da liberdade individual, ou que amparam os direitos individuaes contra possiveis violencias das autoridades publicas, os principios liberaes"[73].

5. A necessária dimensão principiológica dos direitos fundamentais

Preliminarmente à abordagem dos direitos fundamentais e de sua nota

principiológica, mister será diferençar, como o fez Ingo Wolfgang Sarlet, o "texto" das "normas". Nesse sentido, assinala o autor que "convém registrar que se está a partir aqui da noção já consagrada – embora ainda não de todo assimilada pela totalidade dos doutrinadores e operadores jurídicos – de que o dispositivo (texto) não se confunde com a norma (ou normas) nele contida, nem com as posições jurídicas (direitos) por esta outorgadas, já que cada direito fundamental pressupõe – na esteira do que leciona Alexy – necessariamente uma norma jusfundamental que o reconheça"[74].

Os dispositivos constitucionais que enunciam ditos direitos fundamentais não comportam somente uma força normativa e, por consequência, uma norma, mas, em virtude de seu valor, como fundamental por óbvio, assumem verdadeira condição de princípios, sendo fundamento de "posições jurídico-subjetivas, isto é, norma(s) definidora(s) de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais"[75].

Neste contexto, assinala Ingo Wolfgang Sarlet ao discorrer especificamente sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, "o dispositivo (texto) que reconhece a dignidade como princípio fundamental encerra normas que outorgam direitos subjetivos de cunho negativo (não violação da dignidade), mas que também impõem condutas positivas no sentido de proteger e promover a dignidade, tudo a demonstrar a multiplicidade de normas contidas num mesmo dispositivo"[76].

Para o autor a qualificação como princípio ou direito fundamental não alberga conceitos antitéticos e reciprocamente excludentes, "notadamente pelo fato de as próprias normas de direitos fundamentais terem cunho eminentemente – embora não exclusivamente"[77].

Vale dizer que as normas que elucidam direitos fundamentais possuem notadamente cunho principiológico em virtude da importância que assumem no ordenamento constitucional.

5.1. Aplicabilidade direta dos direitos fundamentais

A Constituição brasileira, assim como muitas outras, determina, em seu art. 5º-, § 1º-, que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Tomando o Texto Constitucional a uma interpretação literal, não se admitiria, em se tratando de direitos e garantias fundamentais, normas não autoexecutáveis, todas auferindo, diretamente dessa norma, a possibilidade de incidência imediata e, assim, exigíveis perante o Poder Público.

Todavia, é mister ressaltar que em muitas situações é a própria Constituição que nega aplicabilidade imediata a algumas de suas normas. A assertiva se verifica verdadeira se atentar-se para instrumentos criados pela própria Constituição como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que vão servir justamente naquelas situações nas quais não se obteve, na Constituição, a referida aplicabilidade imediata. Ademais, em certas normas, o que se pode vislumbrar é um dever de legislar direto, o que jamais poderia ser ignorado pelo intérprete. Eis, aqui, outro limite interpretativo da Constituição.

Há quem, contudo, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, considera, ainda, haver no referido parágrafo primeiro uma contradição quanto a algumas normas: “Ora, tornar autoexecutável norma incompleta é contrariar a natureza das coisas. E tanto assim é que a própria Constituição prevê um mandado de injunção (nem se fale da inconstitucionalidade por omissão) para forçar o suprimento de lacuna que inviabilize o exercício, portanto, a aplicação imediata, de direito ou liberdade constitucional (*v.* inc. LXXI)”[78].

Celso Ribeiro Bastos, ao comentar o dispositivo em tela, assinala que: “O que deve ser entendido pelo dispositivo ora comentado é que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata *tanto quanto possível*. É dizer, o dispositivo quis eliminar a dúvida que paira sobre aquela área penumbrosa que normalmente se forma em torno de muitos dos princípios constitucionais. Tem ele aplicação imediata? Ou não seria preferível aguardar-se legislação regulamentadora?

“Terão aplicação imediata todos os direitos e garantias fundamentais, desde que não obstados por uma expressa referência da lei a uma legislação integradora, nem por um vazio semântico tamanho que torne o preceito absolutamente dependente de uma integração normativa”[79].

No mesmo diapasão, conclui Manoel Gonçalves que “o alcance *razoável* desta norma consiste em fazê-la sugerir que se deve procurar dar à regra definidora de direito ou garantia aplicação imediata, dentro do possível, inclusive pelo recurso, normal, à analogia”[80].

Realmente, dizer que as normas são de aplicação imediata não impede

reconhecer-lhes aplicação na medida de sua eficácia (plena ou não, portanto). Há, pois, diversos níveis de aplicabilidade, e cada norma consagradora de direitos fundamentais deve ter sua compreensão norteada para o máximo patamar possível de aplicação (o que vai depender, como visto, de diversos elementos).

6. Importância atual dos denominados princípios constitucionais

Desde o momento em que se lhes foi reconhecido o caráter normativo-impositivo, os princípios passaram a desempenhar importante papel nos sistemas jurídicos, pois libertaram-se de suas amarras, representadas pela tentativa de retirar-lhes força e acentuar-lhes um caráter meramente ideológico, político ou secundário e opcional.

A completude de um sistema normativo é, hoje, em boa medida, sustentável tendo em vista a verificação de que há inúmeros princípios cristalizados nos textos constitucionais.

O grande desafio do Direito contemporâneo não é o de oferecer previsão normativa para as demandas sociais, mas sim o de oferecer *uma* das diversas soluções encontráveis no sistema, particularmente nas Constituições, como sendo a mais adequada, o que envolve problemas de racionalização dos princípios existentes e justificação da escolha realizada sempre a partir da realidade concreta sobre a qual incidirão as normas.

A agenda constitucional não pode mais evitar os princípios, especialmente considerando sua positivação expressa na maioria das Constituições atuais como “princípios”. Não por outro motivo a teoria geral dos princípios será, em realidade, uma teoria da Constituição.

O desenvolvimento dessa teoria, portanto, precisa partir da compreensão dos princípios constitucionais, suas possíveis categorias, como os princípios gerais de Direito e os meros princípios, para bem delimitar seu objeto de estudo.

Ademais, é imperioso que se desenvolva o estudo das características próprias dos princípios, desde sua distinção estrutural com as denominadas regras, que não pode ser apenas estrutural, mas também concreta, até as características comuns a todos os princípios constitucionais como normas.

A teoria geral dos princípios não deve se ater ao estudo particularizado de alguma classificação positivada em determinado ordenamento jurídico. Mas nem por isso deverá olvidar os estudos de Direito comparado, como método para traçar uma classificação universalmente aceita.

Por fim, intimamente vinculados com o estudo dos princípios estão os direitos fundamentais, o que por si só já justificaria o desenvolvimento da referida teoria. É preciso conceder lugar de destaque à inserção dessa categoria principiológica na teoria dos princípios. Novamente, verifica-se (e justifica-se) a ligação entre princípios e Constituição.

7. A Constituição como um sistema de normas: uma chave de leitura do Título I

É preciso admitir que "o conjunto de normas constitucionais formam um sistema, que no caso é, necessariamente, harmônico, ordenado, coeso, por força da supremacia constitucional, que impede o intérprete de admitir qualquer contradição interna" (Tavares, 2008: 102).

No caso constitucional, invoca-se a ideia de ordem, podendo-se aproveitar a lição de Bobbio, quando afirma: "Para que se possa falar em ordem é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação" (Bobbio, 1990: 71).

O sistema constitucional, contudo, não é definitivo, fechado, pois se encontra em constante evolução, tendo em vista o contato com a realidade social, o que ocorre especialmente pelos valores albergados constitucionalmente.

Esse sistema, do ponto de vista formal, é composto por normas. Foi recentemente que se consolidou a existência de uma categoria geral, um gênero, catalogado como *normas*. Desdobram-se as normas em duas espécies, como visto, as *regras* e os *princípios*.

7.1. Das cláusulas pétreas, dos “princípios sensíveis”, dos preceitos fundamentais: categorias de normas da Constituição brasileira e sua relação com os princípios fundamentais do Título I

No ordenamento constitucional brasileiro, certos princípios e regras receberam tratamento mais “privilegiado”, denotando a extrema importância desse conjunto para o próprio sistema constitucional e, por maior razão, para o ordenamento jurídico como um todo.

É o caso dos denominados “princípios sensíveis”, que geram a medida excepcional da intervenção federal ou estadual. Trata-se de um rol de princípios (e regras, no rigor terminológico aqui adotado) que, violados, podem franquear a suspensão da autonomia federativa.

A doutrina não teve receio em reconhecer que as hipóteses de cabimento da ação direta interventiva contemplavam “princípios sensíveis”, embora a Constituição não se refira a eles como tais, apenas falando de “princípios constitucionais”. Não obstante isso, pelo fato de haver uma medida especial para sua proteção, que se caracteriza pela excepcionalidade, essas hipóteses passaram a ser consideradas consubstanciadoras de princípios ditos *sensíveis*, expressão que claramente denota o grau de relevância que assumem em relação aos demais princípios.

De outra parte, existem as chamadas cláusulas constitucionais pétreas, ou cláusulas de eternidade. Inserem-se na mesma noção de normas de alta relevância, porque, nesse caso, foram dotadas de uma garantia também especial: a imutabilidade, que se pode considerar a máxima garantia ou tutela que um texto constitucional pode pretender empresar a determinada norma. Quando a Constituição preceitua que não poderá ser objeto de emenda constitucional a proposta tendente a abolir: “I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais” (§ 4º do art. 60), “o que finalmente propicia é uma proteção agregada em benefício de certas partes da Carta que o constituinte considerou credoras de um *plus* de segurança. (...) Quer isto dizer que implicitamente se reconhece a estes uma certa importância, a suficiente para endurecer seus mecanismos de garantia” (Usera, 1988: 166).

Em ambos os casos (princípios sensíveis e cláusulas pétreas) será possível encontrar tanto princípios propriamente ditos como meras regras. Parte dos princípios sensíveis aparece também no Capítulo I, ou seja, são, em parte, princípios considerados pela Constituição expressamente como princípios fundamentais. Assim ocorre com o princípio democrático (art. 34, VII, *a*, e art. 1º-, *caput*). O mesmo se diga quanto às cláusulas pétreas, nas quais se tem, novamente, uma reincidência constitucional. É o caso da dignidade da pessoa humana (art. 1º-, III), na qual se pode vislumbrar boa parte dos direitos individuais (art. 60, § 4º, IV), bem como da forma federativa de Estado (art. 60, § 4º, I) que já havia sido proclamada solenemente como princípio (pelo *caput* do art. 1º).

Ademais, na Constituição de 1988 pode-se falar de um rol de normas que devem ser consideradas fundamentais, ao lado de outras normas que, embora constitucionais, não são fundamentais. Nesse sentido, tanto os princípios sensíveis como as cláusulas pétreas devem ser considerados preceitos fundamentais (referência desta "categoria" no art. 102, § 1º). Ademais, têm-se os princípios fundamentais do Capítulo I, que serão objeto de análise adiante.

8. Dignidade da pessoa humana[81]

A Constituição expressamente apresenta, em seu pórtico, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) como um dos fundamentos do Estado brasileiro. Também o *caput* do art. 170 fala em "existência digna", no contexto da ordem econômica brasileira, reafirmando a responsabilidade do Estado quanto a esse elemento. Nesse sentido, o avanço é evidente.

Do ponto de vista teorético, tenho afirmado que a dignidade da pessoa humana atende à consubstancialidade[82], o que me parece mais adequado do que afirmar, no contexto normativo-constitucional, de um fundamento (normativo) dos direitos fundamentais.

Certamente se trata de um dos preceitos constitucionais mais "autoevidentes" e, concomitantemente, mais difíceis de serem definidos com precisão, para fins de incidência da proteção constitucional.

Apesar da dificuldade, a Justiça Constitucional brasileira tem se conduzido pela aplicação direta desse princípio, comumente conjugando-o

(consubstancialidade) com outros direitos proclamados constitucionalmente. Assim ocorreu com o caso do direito à saúde, invariavelmente relacionado, pelas decisões, ao direito à vida e à dignidade da pessoa.

Mas também já se decidiu que do direito à dignidade decorre o direito ao nome (que não encontra previsão expressa no texto da Constituição de 1988), conforme aduziu o STF: "O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos da ordem pública que regulam a matéria" (RE 248.869-1/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* 12.03.2004, Ementário 2.143-4).

De outra parte, a dignidade da pessoa humana serviu para impedir o exame forçado de DNA por parte do pai presumido, posto que: "à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, impõe-se evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação [do paciente] na perícia substantivaria" (STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 15.05.1998, Ementário 1.910-1).

9. Cidadania[83]

A Constituição prevê a cidadania como um dos pilares do Estado[84], no art. 1º-, II, e, no art. 205, determina que "a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho".

Assim como ocorre com a dignidade da pessoa humana, a cidadania invoca conceito vago, embora seja pauta inafastável em qualquer Estado democrático.

Frise-se que a concepção de cidadania adotada pela Constituição de 1988[85] coincide com aquela introduzida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e vincula-se, portanto, ao movimento de incorporação (internalização) dos direitos humanos.

Como conteúdo mínimo da cidadania tem-se a impossibilidade de ser

considerado o indivíduo a serviço do Estado, ou o indivíduo como instrumento do Estado[86]. Aqui, o conceito sobrepõe-se à tutela derivada da própria dignidade da pessoa humana (mais um aspecto evidenciado da consubstancialidade).

Nesse sentido, já se decidiu que "ninguém é obrigado a cumprir ordem ilegal, ou a ela se submeter, ainda que emanada de autoridade judicial. Mais: é dever de cidadania opor-se à ordem ilegal; caso contrário, nega-se o Estado de Direito" (STF, HC 73.454, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 22.04.1996, *DJ* 07.06.1996).

10. República

A Constituição brasileira proclama o ideal republicano, não só por acentuar logo no art. 1º- que o Brasil é uma República, mas também por adotar a transitoriedade no exercício do poder, a legalidade (governo de leis e não de homens), a moralidade e a eficiência como pautas constitucionais direcionadas aos diversos agentes do Estado (servidores, funcionários públicos e mandatários de cargos eletivos).

Uma das maiores e mais recentes chagas de que se teve notícia do Estado brasileiro foi o uso abusivo de cartões corporativos, especialmente de saques em dinheiro para despesas nem minimamente especificadas.

O Estado (gerenciado sempre por agentes e servidores) deve prestar contas à sociedade. A regra geral é a publicidade. É também norma constitucional expressa. A exceção, admitida em uma República e em um Estado de Direito, deve encontrar fundamento direto na Constituição. O sigilo, mesmo que admitido, como o é, pelo próprio art. 5º da Constituição (e Lei n. 11.111/2005), demanda a justificação de suas circunstâncias. Ademais, não significa que os gastos possam ser feitos sem qualquer registro. Significa que o registro pode ser classificado como sigiloso, *v.g.*, por questões de segurança do Estado ou da própria sociedade, como políticas estratégicas, projetos nucleares, segurança pessoal do Presidente da República. E mesmo uma classificação como essas, desde que sobriamente determinada, pode (e deve) sofrer uma abertura (ainda que parcial) com a passagem do tempo. A exceção, aqui, novamente, demanda uma justificativa, a ser apreciada pelas instâncias competentes (Judiciário),

mas não permite a eliminação dos registros. Confundir sigilo com irresponsabilidade nos gastos ou usar o argumento do sigilo para encobrir gastos irresponsáveis é inadmissível.

Qualquer autoridade ou funcionário que usa um cartão governamental deve saber, como o sabe toda a sociedade, que não pode utilizar o dinheiro público para benefício pessoal, nem direto nem indireto. É um escárnio qualquer declaração que tente justificar gastos derivados de condutas desviantes ao argumento de que "não fora advertido de como usar o cartão". Ora, pressupõe-se que quem se encontra em um alto posto na República, como Ministro, secretário de Estado ou assessor de Governo, em qualquer dos "Poderes" ou dos órgãos da República, detém instrução mínima sobre os valores constitucionais, republicanos e democráticos. Do contrário, sua aprovação em concurso público ou indicação política foi falha; não merece manter-se no cargo, por não honrar a confiança que lhe foi depositada como servidor da sociedade.

11. Democracia e pluralismo político[87]

Na impugnação dos arts. 11, *caput* e §§ 1º e 2º, e 72 da Lei n. 9.100, de 29.09.1995, que condicionaram o número de candidatos às Câmaras Municipais ao número de representantes do respectivo partido na Câmara Federal, ficou decidido que mecanismos como esses lesam o pluralismo político consagrado constitucionalmente "por instituírem critério caprichoso que não guarda coerência lógica com a disparidade de tratamento neles estabelecida" (STF, ADIn 1.355-MC/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 23.02.1996, Ementário 1.817-01).

Vislumbrando afronta ao princípio constitucional do pluripartidarismo, o STF, em decisão que provocou certa polêmica político-partidária, declarou a inconstitucionalidade de normas contidas na Lei n. 9.096, de 19.09.1995, que estabeleciam a chamada cláusula de barreira, consoante a qual os partidos políticos que não alcançassem determinado desempenho eleitoral não teriam direito a certas prerrogativas do funcionamento parlamentar, adquiririam inferior participação no Fundo Partidário e receberiam menos tempo para a propaganda partidária (ADIn 1.351/DF e ADIn 1.354/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07.12.2006, *Informativo* 451).

Enfrentando as problemáticas trazidas pelo princípio da fidelidade partidária (v. art. 17, § 1º, da CF/88), novamente o STF se viu diante da Lei n. 9.096/95. Na ADIn 1465-0/DF, o Tribunal declarou a constitucionalidade do texto: "fica configurada dupla filiação, sendo ambas consideradas nulas para todos os efeitos", constante do art. 22 da mencionada Lei, julgando improcedente a ação que o impugnava.

O Ministro-relator Joaquim Barbosa diferenciou a liberdade pessoal da liberdade funcional, da qual gozam os partidos políticos, esclarecendo que: "Normas que regulam a dupla filiação conformam, em vez de violar, os princípios constitucionais que regem os partidos políticos". Assim, "a autonomia partidária não se estende a ponto de atingir a autonomia de outro partido, cabendo à lei regular as relações entre dois ou mais deles. A nulidade que impõe o art. 22 da Lei n. 9.096/1995 é consequência da vedação da dupla filiação e, por consequência, do princípio da fidelidade partidária. Filiação partidária é pressuposto de elegibilidade, não cabendo afirmar que a lei impugnada cria nova forma de inelegibilidade. Ação direta julgada improcedente" (ADIn 1465-0/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 24.02.2005, *DJ* 06.05.2005).

Já no que diz respeito à determinação do número máximo de vereadores por Município, o STF, no *RE 197.917/SP*, declarou a inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do parágrafo único do art. 6º da Lei Orgânica 226, de 31.03.1990, do Município de Mira Estrela. Referido artigo fixou em 11 o número de vereadores, embora a população do Município fosse de, aproximadamente, 2.600 habitantes e comportasse, portanto, apenas 9 representantes.

O Tribunal determinou a adequação da composição da Câmara de Vereadores aos parâmetros constitucionais: "O art. 29, IV, da CF, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas *a*, *b* e *c*. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, art. 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia"

(RE 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 06.06.2002, *DJ* 07.05.2004)[88].

12. Desenvolvimento nacional[89] e justiça social

12.1. Justiça social

A Constituição, já no art. 3º-, I, deixa claro que um dos objetivos do Brasil deve ser o de construir uma sociedade justa e solidária (*in fine*). E no *caput* do art. 170, uma vez mais, determina, já agora como uma das finalidades da ordem econômica, que o Estado assegure a todos uma vida conforme os ditames da "justiça social" (*in fine*). Também constitui objetivo da *ordem social* (art. 193) a justiça social. Não se trata, portanto, de uma pauta normativa isolada, limitada ao âmbito econômico.

Em conclusão, pode-se afirmar que "permeia a Constituição, pois, como norte em sua implementação, o objetivo maior da 'justiça social'. A própria Constituição associa-a à solidariedade, deixando certo que o conceito envolve não apenas a prevalência do social sobre o individual, como também o compromisso de uma dependência recíproca entre os indivíduos" (Tavares, 2006).

É certo que a afirmação constitucional da justiça social impõe uma restrição ao princípio da livre iniciativa (e da liberdade em geral).

Para Oscar Dias Corrêa[90], justiça social "implica melhoria das condições de repartição dos bens, diminuição das desigualdades sociais, com a ascensão das classes menos favorecidas. Não é objetivo que se alcance sem continuado esforço, que atinja a própria ordem econômica e seus beneficiários".

Deve-se aceitar, aqui, como bem observa Dimoulis, a "finalidade claramente comunitarista da atividade econômica", assim como também não se pode negar que a restrição ao econômico derivada dessa cláusula é rarefeita ou, como coloca Dimoulis, "muito abstrata e de difícil concretização", "enunciado genérico, de baixa densidade normativa", o que de forma alguma autoriza a conclusão de uma total falta de eficácia jurídica.

A justiça social, em síntese, deve ser adotada como um dos princípios de

finalidade comunitarista expressos da Constituição de 1988 a interferir no contexto da ordem econômica, visando ao implemento das condições de vida de todos até um patamar de dignidade e satisfação, com o que o caráter social da justiça é-lhe intrínseco.

12.2. Desenvolvimento nacional

Os projetos de desenvolvimento implicam uma consideração acerca do sistema econômico do País e, pois, será necessário aclarar qual modelo econômico, como bem salienta Przeworski[91], terá maiores possibilidades para promover o crescimento qualitativo. Evidentemente que há, aqui, uma crítica admissível que, contudo, não poderá paralisar a busca de um modelo que melhor se aproxime daquele desiderato. É que, como acentua Paul Ormerod[92], "há muito tempo os formuladores de políticas públicas têm sido incentivados a acreditar na eficácia da lista de procedimentos que repousa no âmago da economia convencional. Faça A, B e C e a consequência será X. Mas isto apenas oferece a ilusão do controle, não o controle de fato. Precisamos mudar nossas percepções sobre o papel e o poder dos governos. Grande parte da intervenção governamental é motivada por finalidades específicas, de curto prazo, e depende fundamentalmente do conceito de que a economia e/ou a sociedade é uma máquina previsível". Trata-se, aqui, de uma crítica à teoria clássica, de um mundo guiado por pressupostos mecânicos, de consequências milimetricamente previsíveis.

Na atual Constituição, é (deve ser) um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro "garantir o desenvolvimento nacional". Obviamente que tal meta insere-se no contexto econômico da Constituição, embora nele não se esgote, já que o desenvolvimento há de ser buscado igualmente em outras órbitas, como a social, a moral, a política e outras. Interessa aqui sublinhar o desenvolvimento econômico do País como um dos *objetivos fundamentais* (não apenas um meio para obter outro princípio).

Como anotam Nogami e Passos[93]: "O desenvolvimento econômico não deve ser analisado tomando-se por base os indicadores tais como o crescimento do produto global ou o crescimento do produto *per capita*. Outros indicadores, que refletem mudanças na qualidade de vida, devem ser levados em conta. Como exemplo, podemos citar: analfabetismo, educação, mortalidade infantil, consumo real *per capita* etc.". Não é outra a ideia

exposta por Kane e Sand, para quem crescimento não deve ser confundido com desenvolvimento, já que este "implies a chance in character or structure. It refers to a qualitative shift in resource use, labor force skills, production methods, marketing measures, income distribution and financial capital arrangements"[94].

Nessa medida, o modelo de desenvolvimento econômico adotado, embora possa destoar da realidade material, possibilita "o aperfeiçoamento dos planos nacionais, visto como a realização sintética e esquemática dos modelos de economias nacionais, com os dados conhecidos da realidade estrutural do País, permitiu prever, com segurança aproximada, a orientação que lhe deve ser dada no futuro"[95].

O desenvolvimento que se pretende só pode ser um desenvolvimento amplo. Não apenas econômico, porque este decorrerá de outras variantes. É o que Amartya Sen[96] observa: "Sem desconsiderar a importância do crescimento econômico, precisamos enxergar muito além dele". Deve se dirigir, como já apontava Oscar Dias Corrêa[97], "à melhoria das condições humanas". Ainda na esteira do pensamento sustentado por Amartya Sen[98], há de compreender o *desenvolvimento como liberdade*: "O crescimento econômico não pode sensatamente ser considerado um fim em si mesmo. O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhoria da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos".

As implicações que estão contidas no princípio do desenvolvimento nacional são extremamente relevantes no contexto brasileiro, devendo o legislador implementá-las com a celeridade que a matéria está a demandar.

13. Sociedade sem preconceitos

Na análise do RE 217.226-1/RS, decidiu-se pela inconstitucionalidade da imposição de limite de idade, como requisito de admissão, quando irrelevante à função exercida pelo cargo, em face de sua natureza discriminatória:

"A imposição de limite de idade para inscrição em concurso público não prescinde de ter-se o critério como decorrente da função a ser exercida. Surge conflitante com o inciso XXX do art. 7º da Carta de 1988, aplicável aos servidores públicos em face da previsão do § 2º do art. 39 nela contido,

a norma estadual que impõe idade-limite de 35 anos relativamente a concurso para preenchimento de cargo de fiscal de tributos estaduais (art. 20, II, da Lei n. 8.118/85)".

De acordo com o relator, Min. Marco Aurélio, no caso em tela, "a natureza dos serviços prestados não justifica, em si, o limite de idade interposto" (STF, *DJ* 27.11.1998, Ementário 1.933-05).

Na análise do HC 82.424, cujo objeto era o relaxamento da prisão de editor gaúcho, autor da obra *Holocausto Judeu ou Alemão?*, ficou decidido, pela maioria, que a veiculação da obra não se encontrava albergada na liberdade de expressão, tendo-se considerado seu conteúdo como veiculando ideias antissemitas e, nessa medida, nitidamente discriminatório:

"A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias antissemitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrímen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam. (...)" (STF, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 19.03.2004, Ementário 2.144-3).

Tem o STF reconhecido que os direitos e garantias individuais não possuem caráter absoluto. Isso não apenas por força do denominado postulado da convivência harmônica das liberdades, como também por força daquilo que denominou "relevante interesse público":

"Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou

com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros" (MS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 12.05.2000, Ementário 1.990-1).

14. Separação dos poderes

O tema da "separação de poderes" é extremamente complexo e sofre de uma dificuldade terminológica essencial que, contudo, não será aqui explorada. Procurarei apenas apresentar algumas ideias relacionadas à proposta de órgãos divididos (não "separados") conforme funções consideradas essenciais no Estado brasileiro.

Na impugnação da MP 1.051, de 29.06.1995, editada em substituição à MP 1.029, de 22.06.1995, considerou-se como violação do princípio da independência e harmonia entre os Poderes a retirada de medida provisória sem que houvesse apreciação desta por parte do Congresso Nacional, pois, "não sendo dado ao Presidente da República retirar da apreciação do Congresso Nacional medida provisória que tiver editado, é-lhe, no entanto, possível ab-rogá-la por meio de nova medida provisória, valendo tal ato pela simples suspensão dos efeitos da primeira, efeitos esses que, todavia, o Congresso poderá ver restabelecidos, mediante a rejeição da medida ab-rogatória" (STF, ADIn 1.322-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* 25.08.1995, Ementário 1.797-02).

Na impugnação da Lei estadual n. 11.288, de 27.12.1999, a qual condicionava a nomeação para cargos de presidente, diretor e membro do conselho de administração de autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista e fundações do Estado de Santa Catarina à autorização da Assembleia Legislativa, ficou assente a validade destas normas, porém tão só quando referentes à nomeação de diretores e membros do conselho de administração de *autarquias, fundações públicas e empresas estatais*:

> "Diversamente, contudo, atento ao art. 173 da Constituição, propende o Tribunal a reputar ilegítima a mesma intervenção parlamentar no processo da direção das entidades privadas, empresas públicas ou sociedades de economia mista da administração indireta dos Estados" (STF, ADIn 2.225-3/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 29.09.2000, Ementário 2.006-1).

No que tange à questão das Agências Reguladoras, o STF não possui uma posição definida. Apenas na análise do pedido de medida cautelar na ADIn 1.949-0/RS, em que se contestavam os arts. 7º e 8º da Lei estadual n. 10.931/97 (que exigiam a aprovação pela Assembleia Legislativa do Estado tanto para a admissão – art. 7º – como para a destituição – art. 8º – de membro do Conselho Superior da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul), concedeu liminar o Tribunal para suspender apenas o disposto no art. 8º (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 25.11.2005, Ementário 2.215-1).

O STF, com fulcro no princípio constitucional da independência e harmonia dos poderes, decidiu que é inconstitucional a norma da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul que "subordina convênios e dívidas da administração à aprovação da Assembleia Legislativa" (ADIn 177/ RS, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 25.10.1996, Ementário 1.847-1).

No MS 20.999-DF, impugnando demissão qualificada perpetrada pela Administração Pública, reiterou-se o entendimento de que não é permitido ao Judiciário verificar a conveniência e oportunidade do ato disciplinar, mas, tão apenas, o preenchimento de certos requisitos legais:

> "A pertinência jurídica do mandado de segurança, em tais hipóteses, justifica a admissibilidade do controle jurisdicional sobre a legalidade dos atos punitivos emanados da Administração Pública no concreto exercício do seu poder disciplinar. O que os juízes e Tribunais somente não podem examinar nesse tema, até mesmo como natural decorrência do princípio da separação de poderes, são a conveniência, a utilidade, a oportunidade e a necessidade da punição disciplinar. Isso não significa, porém, a impossibilidade de o Judiciário verificar se existe, ou não, causa legítima que autorize a imposição da sanção disciplinar. O que se lhe veda, nesse âmbito, é, tão somente, o exame do mérito da decisão administrativa. Por tratar-se de elemento temático inerente ao poder discricionário da Administração Pública". No contexto dessa decisão entendeu-se que a impugnação judicial de ato disciplinar só se admite em uma das seguintes hipóteses: 1. Incompetência da autoridade disciplinar; 2. Inobservância das formalidades essenciais ao ato sancionador; e 3. Ilegalidade da sanção disciplinar" (STF, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 25.05.1990, Ementário 1.582-2).

Na ADIn 975-3, o STF entendeu que a MP 375, de 23.11.1993, em

virtude da restrição que pretende introduzir, afronta o princípio da separação de poderes, exatamente por sujeitar o Judiciário ao Poder Executivo. Em seu voto, o Min. Celso de Mello sustentou que:

> "As recíprocas interferências dos poderes do Estado, uns nos outros, *desde que ocorrentes nas hipóteses constitucionalmente autorizadas*, não provocam a ruptura do sistema.
>
> "Esta ocorrerá, no entanto, sempre que *qualquer* dos Poderes – *o Executivo, exemplificativamente* – exercer, *com expansão desordenada*, atribuições que lhe não são próprias, ou, então, afetar – quando não virtualmente impedir – por atos que refogem à ortodoxia constitucional, o *normal* desempenho, pelos demais Poderes do Estado, de funções que lhes são inerentes, como a prática, *em plenitude*, do ofício jurisdicional por magistrados e Tribunais.
>
> "A profunda restrição ao deferimento de liminares, *unilateralmente determinada pelo Chefe do Executivo em ato normativo que, por sua natureza mesma, é instável, precário e provisório*, afeta o exercício pleno da atividade jurisdicional, porque interfere, de modo frontal, na prática de função inerente, e inafastável, do Judiciário, a quem virtualmente se subtraiu, mediante simples espécie quase legislativa, a prerrogativa de neutralizar, com resposta eficaz, ágil e cautelarmente reparadora, situações de perigo iminente, capazes de gerar injusta e irreparável lesão jurídica" (ADIn 975 MC/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* 20.06.1997, Ementário 1.874-2, original grifado).

Acrescente-se, ainda, o teor da Súmula 649: "É inconstitucional a criação, por Constituição estadual, de órgão de controle administrativo do Poder Judiciário do qual participem representantes de outros Poderes ou entidades".

15. Soberania e princípios que regem o Brasil em suas relações internacionais

O art. 4º da CF determina os princípios pelos quais o Brasil deverá reger-se nas suas relações internacionais. O primeiro do elenco é o da independência nacional. No âmbito econômico, a soberania nacional

pressupõe que o Brasil esteja desvinculado (embora não totalmente) de outros Estados, destacadamente os Estados desenvolvidos e as grandes potências. Tanto é assim que o art. 170, I, expressamente prevê a soberania nacional como um dos princípios gerais da ordem econômica. A orientação se repete nos arts. 172, 176, 178 e 219 da CF.

É evidente que a absoluta independência econômica do Brasil em relação a outros Estados não se verifica na prática, principalmente em virtude da dimensão que hoje assume o mundo perante o processo de globalização, que impõe novos limites à soberania dos Estados na determinação de sua vida econômica, tendo em vista o plano internacional.

A lição de Themístocles Brandão Cavalcanti é incontestável e mais válida do que nunca ao ponderar que "os problemas econômicos já ultrapassaram os limites nacionais, já são problemas internacionais".

> "Nenhum país pode se isolar dentro dos princípios de sua economia; não há economia interna isolada; as economias são, evidentemente, internacionais"[99].

Estando a economia moderna cada vez mais integrada no plano mundial, há uma imensa dificuldade – por vezes, verdadeiro impedimento – de atingir o desenvolvimento de uma economia nacional desvinculada dos sistemas econômicos internacionais. Não existe, no contexto de um mundo globalizado, Estado soberano absoluto, principalmente se considerarmos o aspecto econômico como expressão dessa soberania.

A globalização trouxe questões que afetam diretamente a noção clássica de soberania nacional, especialmente no campo econômico, impondo a necessidade de uma nova concepção de soberania, pela qual seja possível a preservação da capacidade de autodeterminação do Estado, com a presença da livre concorrência no mercado nacional e o respeito simultâneo às normas e práticas supranacionais relacionadas à atividade econômica.

A necessidade de revisão da noção de soberania estatal absoluta também pode ser vista sob outra ótica, impulsionada pela escolha do constituinte em participar do processo de internacionalização dos direitos humanos.

Isso porque a Carta brasileira, corroborando padrões internacionalmente concebidos de proteção dos direitos humanos, dispõe que estes deverão prevalecer nas relações internacionais do Brasil (art. 4º, inc. II). Sendo assim, o próprio constituinte limitou (definiu) a soberania do Estado

brasileiro, submetendo-a aos princípios humanitários. Não se trata, portanto, de uma real e efetiva limitação de soberania, pois não há uma definição universalmente aceita de soberania, nem é ela estanque no tempo. Trata-se, tecnicamente falando, de uma delimitação daquilo que o País considera assunto relacionado à soberania e daquilo que não é assim considerado, por ter sido excluído expressamente dessa dimensão de independência do Estado brasileiro pela Constituição.

Nesse sentido, observe-se que o STF, em consonância com o disposto no inc. II do art. 4º, bem como com os Tratados Internacionais dos quais o Brasil é parte, negou pedido de extradição formulado pela República Popular da China, sob a alegação de que este país não seria capaz de garantir um julgamento imparcial, justo e independente, podendo, inclusive, punir o requerido, acusado de crime de estelionato, com a pena de morte:

> "A essencialidade da cooperação internacional na repressão penal aos delitos comuns não exonera o Estado brasileiro – e, em particular, o STF – de velar pelo respeito aos direitos fundamentais do súdito estrangeiro que venha a sofrer, em nosso País, processo extradicional instaurado por iniciativa de qualquer Estado estrangeiro. O fato de o estrangeiro ostentar a condição jurídica de extraditando não basta para reduzi-lo a um estado de submissão incompatível com a essencial dignidade que lhe é inerente como pessoa humana e que lhe confere a titularidade de direitos fundamentais inalienáveis, dentre os quais avulta, por sua insuperável importância, a garantia do *due process of law*. Em tema de direito extradicional, o STF não pode e nem deve revelar indiferença diante de transgressões ao regime das garantias processuais fundamentais. É que o Estado brasileiro – que deve obediência irrestrita à própria Constituição que lhe rege a vida institucional – assumiu, nos termos desse mesmo estatuto político, o gravíssimo dever de sempre conferir prevalência aos direitos humanos (art. 4º, II)" (Ext 633, Rel. Min. Celso de Mello, j. 28.08.1996, *DJ* 06.04.2001).

Os princípios da não intervenção e da igualdade entre os Estados, igualmente previstos no art. 4º, já mereceram atenção em diversos julgados do STF.

No que diz respeito à imunidade de jurisdição, o Tribunal tem pacífica jurisprudência no sentido de que, salvo renúncia, a imunidade dos estados estrangeiros é absoluta em relação à jurisdição executória:

> “Imunidade de jurisdição. Execução fiscal movida pela União contra a República da Coreia. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que, salvo renúncia, é absoluta a imunidade do Estado estrangeiro à jurisdição executória: orientação mantida por maioria de votos. Precedentes: ACO 524-AgR, Velloso, *DJ* 9.5.2003; ACO 522-AgR e 634-AgR, Ilmar Galvão, *DJ* 23.10.98 e 31.10.2002; ACO 527-AgR, Jobim, *DJ* 10.12.99; ACO 645, Gilmar Mendes, *DJ* 17.3.2003” (ACO 543-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 30.08.06, *DJ* de 24.11.06)[100].

A questão da limitação da atuação do Estado brasileiro foi abordada em pedido de extradição feito pelo Governo do Paraguai e em parte deferido pelo STF:

> “(...) Não cabe ao Supremo Tribunal Federal, em sede de delibação própria do processo extradicional, emitir juízo de valor quanto ao mérito das acusações imputadas ao investigado no País requerente. 5. Achando-se o processo em fase de instrução e estando os fatos e os indícios caracterizadores dos crimes suficientemente descritos de sorte que autorizem o decreto de prisão cautelar do extraditando pela autoridade competente, restam preenchidos os pressupostos básicos para o atendimento do pedido. 6. Não pode o Supremo Tribunal Federal avaliar o mérito dos elementos formadores da prova, inclusive a autoria e a materialidade dos delitos cometidos, ora em produção perante a autoridade judiciária do País requerente, tema afeto à sua soberania (...)” (Ext 853, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 19.12.02, *DJ* 05.09.03).

As relações internacionais do Brasil deverão ser orientadas também pelo princípio da autodeterminação dos povos, regra esta compartilhada no direito internacional contemporâneo. A Constituição Federal fortalece esse ideal no art. 231, que, segundo o STF, “impõe à União o dever de preservar as populações indígenas, preservando, sem ordem de preferência, mas na realidade existencial do conjunto, sua cultura, sua terra, sua vida” (RE 270.379/MS, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 17.04.2001, *DJ* 29.06.2001).

A defesa da paz e a solução pacífica de conflitos são princípios vinculados e que promovem as negociações e arbitragens.

O princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo busca a implementação

de estratégias antiterror, de cunho repressivo ou preventivo, que respeitem os direitos humanos e, sobretudo, que não possuam características discriminatórias raciais.[101]

Embora a definição de terrorismo seja objeto de amplo debate mundial, o STF não se esquivou da questão, manifestando-se nos seguintes termos:

> "O repúdio ao terrorismo: um compromisso ético-jurídico assumido pelo Brasil, quer em face de sua própria Constituição, quer perante a comunidade internacional. Os atos delituosos de natureza terrorista, considerados os parâmetros consagrados pela vigente Constituição da República, não se subsumem à noção de criminalidade política, pois a Lei Fundamental proclamou o repúdio ao terrorismo como um dos princípios essenciais que devem reger o Estado brasileiro em suas relações internacionais (CF, art. 4º, VIII), além de haver qualificado o terrorismo, para efeito de repressão interna, como crime equiparável aos delitos hediondos, o que o expõe, sob tal perspectiva, a tratamento jurídico impregnado de máximo rigor, tornando-o inafiançável e insuscetível da clemência soberana do Estado e reduzindo-o, ainda, à dimensão ordinária dos crimes meramente comuns (CF, art. 5º, XLIII). A Constituição da República, presentes tais vetores interpretativos (CF, arts. 4º, VIII, e 5º, XLIII), não autoriza que se outorgue, às práticas delituosas de caráter terrorista, o mesmo tratamento benigno dispensado ao autor de crimes políticos ou de opinião, impedindo, desse modo, que se venha a estabelecer, em torno do terrorista, um inadmissível círculo de proteção que o faça imune ao poder extradicional do Estado brasileiro, notadamente se se tiver em consideração a relevantíssima circunstância de que a Assembleia Nacional Constituinte formulou um claro e inequívoco juízo de desvalor em relação a quaisquer atos delituosos revestidos de índole terrorista, a estes não reconhecendo a dignidade de que muitas vezes se acha impregnada a prática da criminalidade política" (Ext 855, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26.08.2004, *DJ* 1º.07.2005).

A defesa da paz e a solução pacífica de conflitos são princípios vinculados, que promovem as negociações diplomáticas e as arbitragens, e sinalizam para a orientação comunitária da Constituição brasileira de 1988. Orientação esta que justifica a inserção, no art. 4º, do princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, princípio este também previsto no art. 1º da Carta Magna das Nações Unidas.

No que diz respeito à cooperação entre os povos, o STF já decidiu: “Ementa: Carta rogatória – Colaboração – Inexistência de tratado. A inexistência de tratado entre o país no qual situada a Justiça rogante e o Brasil não obstaculiza o cumprimento de carta rogatória, implementando-se atos a partir do critério da cooperação internacional no combate ao crime (...)” (CR-AgR 9854/UK – Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 28.05.2003, *DJ* 27.06.2003).

O princípio da concessão de asilo político, previsto no art. 4º, inc. X, é mais um instrumento em defesa dos direitos do homem, já que visa a protegê-lo contra as arbitrariedades e violência do Estado.

> “Extradição: Colômbia: crimes relacionados à participação do extraditando – Então sacerdote da Igreja Católica – Em ação militar das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (Farc). (...) Questão de ordem. Reconhecimento do *status* de refugiado do extraditando, por decisão do Comitê Nacional para Refugiados (Conare): pertinência temática entre a motivação do deferimento do refúgio e o objeto do pedido de extradição: aplicação da Lei 9.474/97, art. 33 (Estatuto do Refugiado), cuja constitucionalidade é reconhecida: ausência de violação do princípio constitucional da separação dos poderes. De acordo com o art. 33 da Lei 9.474/97, o reconhecimento administrativo da condição de refugiado, enquanto dure, é elisiva, por definição, da extradição que tenha implicações com os motivos do seu deferimento. É válida a lei que reserva ao Poder Executivo – a quem incumbe, por atribuição constitucional, a competência para tomar decisões que tenham reflexos no plano das relações internacionais do Estado – o poder privativo de conceder asilo ou refúgio. A circunstância de o prejuízo do processo advir de ato de um outro Poder – desde que compreendido na esfera de sua competência – não significa invasão da área do Poder Judiciário. Pedido de extradição não conhecido, extinto o processo, sem julgamento do mérito e determinada a soltura do extraditando. Caso em que, de qualquer sorte, incidiria a proibição constitucional da extradição por crime político, na qual se compreende a prática de eventuais crimes contra a pessoa ou contra o patrimônio no contexto de um fato de rebelião de motivação política (Ext. 493)” (Ext 1.008, rel. p/ o ac. Min. Sepúlveda Pertence, j. 21.03.2007, *DJ* 17.08.2007, original grifado).

Ademais, no pedido de extradição n. 524, encontra-se interessante decisão

que aborda não só a questão do asilo político, mas também sua diferenciação da extradição passiva, com as devidas considerações acerca da separação dos poderes Judiciário e Executivo:

> "Não há incompatibilidade absoluta entre o instituto do asilo político e o da extradição passiva, na exata medida em que o STF não está vinculado ao juízo formulado pelo Poder Executivo na concessão administrativa daquele benefício regido pelo Direito das Gentes. Disso decorre que a condição jurídica de asilado político não suprime, só por si, a possibilidade de o Estado brasileiro conceder, presentes e satisfeitas as condições constitucionais e legais que a autorizam, a extradição que lhe haja sido requerida. O estrangeiro asilado no Brasil só não será passível de extradição quando o fato ensejador do pedido assumir a qualificação de crime político ou de opinião ou as circunstâncias subjacentes à ação do Estado requerente demonstrarem a configuração de inaceitável extradição política disfarçada" (Ext 524, Rel. Min. Celso de Mello, j. 31.10.1990, *DJ* 08.03.1991).

Por fim, o art. 4º traz norma programática a respeito das relações que o Brasil deverá desenvolver na América Latina, determinando que "a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações"[102].

Referências

ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. 1. reimpr. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Tradução de: Theorie der Grundrechte.

BASTOS, Celso S. Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BASTOS, Celso S. Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*. Tradução Maria Ermantina

Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

Bobbio, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2004. Tradução de: L´età dei Diritti.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Claudio De Cicco e Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos; revisão técnica por João Ferreira. São Paulo: Polis; Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1990. 184 p. Tradução de: *Teoria dell'ordinamento giuridico.* 1982. 1. reimpr.; 1. impr. 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Ristampa inalterada. Milano: Giuffré, 1970.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito comparado*. Tradução Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: SaFe, 1992. Bibliografia: 17-21.

Cavalcanti, Themístocles Brandão. *Manual da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

CORRÊA, Oscar Dias. *A Constituição de 1988*: contribuição crítica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

_____. *O sistema político-econômico do futuro:* o societarismo: liberalismo, comunismo, marxismo, coletivismo, socialismo, solidarismo, socialismo liberal, capitalismo, neoliberalismo, liberalismo social. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Giuffrè, 1952.

_____. I Principi costituzionali dell'interpretazione ed applicazione delle leggi. Padova: CEDAM, 1939.

DIMOULIS, Dimitri. In: SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri e MINHOTO, Laurindo. *Direito social, regulação econômica e crise do Estado*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DÓRIA, A. de Sampaio. *Princípios constitucionaes*. São Paulo: São Paulo

Editora, 1926.

DWORKING, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard, 1997.

ENTERRÍA, Eduardo García. *La Constitucíon como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1986.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Luís Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 6. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

FRANÇA, R. Limongi. *Teoria e prática dos princípios gerais de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

KANE, Matt; SAND, Peggy. *Economic development:* what works at the local level. Washington: National League of Cities, 1988.

MELLO, José Luiz de Anhaia. *Os princípios constitucionais e a sua proteção*. São Paulo: Saraiva, 1966.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: Constituição e inconstitucionalidade*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, Tomo II.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. Tomo I.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas*. Tradução para o espanhol por Luis Villacorta Mancebo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

NOGAMI, Otto; PASSOS, Carlos Roberto Martins. *Fundamentos de economia*. São Paulo: Terra Editora, 1994.

ORMEROD, Paul. *O efeito borboleta*: uma fascinante introdução à economia do século XXI: as causas e os erros sistemáticos das previsões econômicas. Tradução Butterfly Economics, 1998. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

PECES-BARBA, Gregório. Los valores superiores. In: *Temas clave de la constitución española*. Madrid: Tecnos, 1986.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PINA, Rolando E. *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas:* Ley fundamental de la República Federal de Alemania. Buenos Aires: Astrea, 1973.

PINSKY, Jaime (Org.). *Práticas de cidadania*. São Paulo: Contexto, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PRZEWORSKI, Adam. *Democracia y mercado:* reformas políticas y económicas en la Europa del este y América Latina. Tradução Mireia Bofill Abelló. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. Tradução de: *Democracy and the market:* political and economic reforms in Eastern and Latin America.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

_____. Direitos fundamentais e suas características. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, v. 29, ano 7, p. 55-65, out./dez. 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. Revisão de Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 79-103, jan./mar. 2007.

_____. Democracia e exercício do poder: apontamentos sobre a participação política. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo, ano 2, n. 3, p. 351-378, jan./jul. 2004.

_____. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2006.

_____. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2007.

_____. *Tratado da arguição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001.

USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988. 346 p.

1 Livre-docente em Direito Constitucional pela USP. Professor nos Cursos de Doutorado e Mestrado em Direito da PUC-SP. Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie. *Visiting Research Scholar* na Cardozo School of Law (NY) e da Fordham University (NY). Professor da Universidade de Santiago de Compostela. Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais; Pró-Reitor de Pós-Graduação *stricto sensu* da PUC-SP.

2 *Tratado de interpretación constitucional*, p. 289, original não grifado, t.a.

3 *Manual de direito constitucional*, t. II, p. 198.

4 Além dos autores já citados, podem ser lembrados, dentre outros: *Enterría,* Eduardo García de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, p. 97; *Peces-Barba,* Gregorio. *Los valores superiores*, p. 92 e segts.; *Cappelletti,* Mauro. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, p. 75; *Crisafulli,* Vezio. *I principi costituzionali dell'interpretazione ed applicazione delle leggi*, p. 18.

5 Os valores, nos ensinamentos de Celso Ribeiro Bastos, são "os conteúdos materiais da Constituição, que conferem legitimidade a todo o ordenamento jurídico. Eles transcendem o quadro jurídico institucional e a ordem formal do Direito, pois indicam aspirações ideais que devem informar todo o sistema normativo. Os valores contêm metas predeterminadas que tornam ilegítima qualquer disposição normativa que contenha objetivos distintos ou contrários aos neles fixados, ou até mesmo, que dificultem a realização de seus fins" (*Ribeiro Bastos,* Celso. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. p. 240).

6 *Tavares,* André Ramos. *Tratado da arguição de preceito fundamental*, p. 129.

7 *Tavares,* André Ramos. *Tratado*, cit., p. 128.

8 *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 147 e segts.

9 *Cabral de Moncada,* Luís S. *Estudos de Direito público*, p. 411.

10 *Peces-Barba,* Gregório. *Los valores superiores*, p. 107.

11 *Peces-Barba*, Gregório. *Los valores*, cit., p. 111.

12 E na segunda parte realizar a já especificada análise dos princípios constitucionais fundamentais da Constituição de 1988.

13 Aqui tomada na acepção imprópria de "incorporação" ao texto constitucional de

determinadas pautas.

14 *Espíndola*, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*, 2. ed., p. 52.

15 Espíndola, Ruy Samuel. *Conceito, cit.*, p. 55.

16 *Sampaio Dória*, A. de. *Princípios constitucionaes*, p. 15, grafia original.

17 SAMPAIO DÓRIA, A. de. *Princípios*, cit., p. 17-18, grafia original.

18 Como bem observa José Luiz de Anhaia Mello: “Necessariamente, das Cartas escritas e dos problemas de imediato surgidos com a constitucionalidade, aparecem os princípios informadores das mesmas com sua natural e indispensável observância pelos governos e governados” (*Os princípios constitucionais e a sua proteção*, p. 15).

19 Conforme a teoria de Kelsen, desenvolvida por Merkl (em sua teoria da *Stufenbau*).

20 Pela sua maior relevância normativa (critério hierárquico) e pela, já agora eventual, relevância axiológica (critério valorativo).

21 *Bonavides*, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 260-1.

22 *Hermenêutica e interpretação constitucional*, 3. ed., p. 228.

23 *Pina*, Rolando E. *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas*: Ley fundamental de la República Federal de Alemania, p. 20. É necessário, contudo, como se demonstrará a seguir, manter a distinção entre princípios e regras.

24 *Ferreira,* Luís Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*, 6. ed., v. 1, p. 16.

25 Sobre o assunto consultar: *Tavares,* André Ramos. *Curso de direito constitucional*, capítulo XXXV.

26 BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica*, cit., p. 243.

27 *Grau,* Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 76.

28 BONAVIDES, Paulo. *Curso*, cit., p. 232.

29 *Cabral de Moncada*, Luis S. *Estudos de direito público*, p. 370.

30 *Conceito de princípios constitucionais*, 2. ed., p. 57.

31 BONAVIDES, Paulo. *Curso*, cit., p. 237.

32 *Bobbio*, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 158 *apud Pimenta,* Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programadas*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 128.

33 *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 157.

34 PECES-BARBA, Gregorio. *Los valores*, cit., p. 53.

35 *Teoria e prática dos princípios gerais de Direito*, p. 185. Vale observar que Limongi França compreende os princípios gerais de Direito como aqueles de ordem universal, não positivados.

36 *Bergel*, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.p. 109.

37 *Princípios de direito*, p. 316.

38 *Bastos*, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*, 3. ed., p. 218.

39 Bergel, C.f. Jean-Louis. *Teoria*, cit., p. 101.

40 BASTOS, Celso S. Ribeiro. *Hermenêutica*, cit., p. 219.

41 *Hermenêutica*, cit. p. 220.

42 *Tavares*, André Ramos. *Tratado*, cit., p. 111. As classificações que se apresentam mais adiante dão conta dessa diversificação principiológica que se pode encontrar atualmente.

43 Aqui está o que se denomina, propriamente, de constitucionalização do Direito, que envolve, contudo, outros elementos, como a possibilidade de judicialização do Direito infraconstitucional.

44 *Tavares,* André Ramos. Arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: Aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.) *Arguição de descumprimento de preceito fundamental:* Análises à luz da Lei n. 9.882/99. p. 50.

45 *Dworkin*, Ronald. *Taking Rights Seriously*, p. 26-7.
46 *Guerra Filho,* Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*, p. 52.
47 Esta abstratividade, contudo, está na base da própria distinção entre regras e princípios, que prescinde, nas teorias assim formuladas, da análise dos casos concretos.
48 *Bastos*, Celso Ribeiro. *Hermenêutica*, cit., p. 208.
49 *Canotilho*, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 166.
50 *Canotilho*, J.J. Gomes. *Direito*, cit., p. 167-168.
51 *Guerra Filho,* Willis Santiago. *Processo*, cit., p. 52-3.
52 *CABRAL de Moncada,* Luís S. *Estudos*, cit., p. 417-418.
53 *Espíndola*, Ruy Samuel. *Conceito*, cit., p. 75.
54 Nesse sentido: Walter Claudius Rothenburg, *Princípios constitucionais*, *passim*.
55 *Tavares*, André Ramos. *Curso*, cit., p. 364-5.
56 *Crisafulli*, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: Giuffrè, 1952. p. 103-104.
57 *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n. 1 de 1969*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t. I. p. 126-7.
58 *Silva*, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 137.
59 *Crisafulli*, Vezio. *Le norme "Programmatiche" della Costituzione*, p. 57-8 *apud Pimenta,* Paulo R. L. *Eficácia*, cit., p. 137-8.
60 O objetivo deste item é meramente descritivo.
61 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito*, cit., p. 171.
62 CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito*, cit., p. 173.
63 CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito*, cit., p. 173.
64 CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito*, cit., p. 173.
65 Bergel, Jean-Louis. *Teoria*, cit., p. 128.
66 Bergel, Jean-Louis. *Teoria*, cit., p. 128-129.
67 Bergel, Jean-Louis. *Teoria*, cit., p. 122.
68 Bergel, Jean-Louis. *Teoria*, cit., p. 122.
69 Bergel, Jean-Louis. *Teoria*, cit., p. 116.
70 *Miranda*, Jorge. *Manual de direito constitucional*: *Constituição e inconstitucionalidade.* 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, t. II. p. 229.
71 *Miranda*, Jorge. *Manual*, cit, p. 229-230.
72 *Miranda*, Jorge. *Manual*, cit., p. 230.
73 *Dória*, Sampaio. *Principios*, p. 20.
74 *Sarlet*, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 69-70.
75 *Sarlet*, Ingo Wolfgang. *Dignidade*, cit., p. 70.
76 Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade*, cit., p. 70.
77 Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade*, cit., p. 70.
78 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1. p. 84.
79 BASTOS. Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2. p. 393.
80 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários*, cit., p. 84.
81 Sobre o tema, no Brasil, cf. a obra de Ingo Sarlet: *Dignidade*, cit.
82 Tavares, André Ramos. *Curso*, cit., p. 545-8.
83 Sobre o tema, ver: *Pinsky,* Jaime (Org.). *Práticas de cidadania*. São Paulo: Contexto, 2004.
84 Nesse sentido, "dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito,

destacam-se a cidadania e dignidade da pessoa humana" (art. 1º-, II e III) (P*iovesan*, 2006: 26).

85 Acerca do debate da redefinição da cidadania no Brasil, vide: *Piovesan*, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

86 "Afirmar que o homem possui direitos preexistentes à instituição do Estado, ou seja, de um poder ao qual é atribuída a tarefa de tomar decisões coletivas, que, uma vez tomadas, devem ser obedecidas por todos aqueles que constituem aquela coletividade, significa virar de cabeça para baixo a concepção tradicional da política a partir de pelo menos dois pontos de vista diferentes: em primeiro lugar, contrapondo o homem, os homens, os indivíduos considerados singularmente, à sociedade, à cidade, em especial àquela cidade plenamente organizada que é a *res publica* ou o Estado, em uma palavra, à totalidade que por uma antiga tradição foi considerada superior às suas partes; em segundo lugar, considerando o direito, e não o dever, como antecedente na relação moral e na relação jurídica, ao contrário do que havia acontecido em uma antiga tradição (...). Em relação à primeira inversão, quando consideramos a relação política não mais do ponto de vista do governante, mas do governador não mais de cima para baixo, mas de baixo para cima, onde o 'baixo', não é mais o povo como entidade coletiva, mas são os homens, os cidadãos que se agregam com outros homens, com outros cidadãos para formar uma vontade geral, decorre que é abandonada definitivamente a concepção organicista que, todavia, fora dominante durante séculos, deixando traços indeléveis na nossa linguagem política, na qual ainda se fala de 'corpo político' e de 'órgãos' do Estado" (*Bobbio*, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2004. p. 225).

87 Sobre o assunto, ver meus textos: *Democracia deliberativa*: elementos, aplicações e implicações; *Democracia e exercício do poder*: apontamentos sobre a participação política.

88 Para decisões no mesmo sentido, consultar: RE 266.994/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 31.03.2004, *DJ* 21.05.2004; RE 273.844/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 31.03.2004, *DJ* 21.05.2004, p. 34; RE 274.048/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 31.03.2004, *DJ* 21.05.2004; RE 274.384/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 31.03.2004, *DJ* 21.05.2004, p. 34; RE 276.546/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 31.03.2004, *DJ* 21.05.2004; RE 282.606/SP, entre outras.

89 Sobre o tema, ver a obra de Guilherme Amorim Campos da Silva, *Direito ao desenvolvimento*, e de *Bercovici,* Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

90 CORRÊA, Oscar Dias. *A Constituição de 1988*: contribuição crítica. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 1991. p. 206.

91 PRZEWORSKI, Adam. *Democracia y mercado*: reformas políticas y económicas en la Europa del este y América Latina. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. XI.

92 ORMEROD, Paul. *O efeito borboleta*. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 13-4.

93 NOGAMI, Otto; PASSOS, Carlos Roberto Martins. *Fundamentos de economia*. São Paulo: Terra Editora, 1994. p. 456.

94 KANE, Matt; SAND, Peggy. *Economic development*. Washington: National League of Cities, 1988. p. 10.

95 *O sistema político-econômico do futuro*, p. 31.

96 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 28.

97 CORRÊA, Oscar Divas. *A Constituição*, cit., p. 206.

98 SEN, Amartya. *Desenvolvimento*, cit., p. 29.

99 CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Manual da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1977. p. 246.

100 No mesmo sentido: ACO 633-AgR, Min. Rel. Ellen Gracie, julgamento em 11.04.07, *DJ* de 22.06.07.

101 A título ilustrativo, vale lembrar que o art. 4º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o art. 27 da Convenção Americana de Direitos Humanos preveem um núcleo de direitos inderrogáveis, que, frise-se, devem ser respeitados inclusive em situações extremas de combate ao terrorismo.

102 Para decisão dessa matéria, consultar: CR 8.279-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 17.06.1998, *DJ* 10.08.2000.

Direitos Individuais e Coletivos

Ivo Dantas[1]

SUMÁRIO

1. Colocações prévias. Corte epistemológico. **1.1.** A questão terminológica: Direitos Humanos e/ou Direitos Fundamentais. Nossa posição. **2.** Neoconstitucionalismo e o estudo dos Direitos Individuais e Coletivos. **3.** Natureza filosófica: o Direito Natural e o Estado de Direito. **4.** Os Direitos Individuais: história de sua formação como teoria. Situação atual. **5.** Os *Direitos* e *Garantias* no Direito Constitucional Contemporâneo: breves notas. **6.** O *Direito Constitucional Processual* (Teoria Constitucional do Processo) e o *Direito Processual Constitucional*. **7.** Os Direitos e as Garantias ou Remédios Constitucionais na CF/88: breves notas. **8.** Poder Constituinte e Poder de Reforma. Revisão e Emenda Constitucionais. **8.1.** A compreensão do art. 5º, § 2º, e o alcance do art. 60, § 4º, IV.

1. Colocações prévias. Corte epistemológico

Fácil é notar que nos últimos tempos os estudos sobre o *Conteúdo Filosófico dos Direitos Fundamentais* (expressão que discutiremos adiante) ocupam a maior parte dos interesses de constitucionalistas e cientistas políticos, muitas vezes em detrimento de outros aspectos do tema bem como em esquecimento de outras matérias que são integrantes do Direito Constitucional.

Exatamente por isto, nos parece necessário fixar os limites deste estudo, no qual o objetivo maior será a apresentação de seus aspectos históricos, sua consagração em alguns modelos estrangeiros e uma sintética visão de seu conteúdo no texto da atual Constituição da República Federativa do Brasil de 5-10-1988, razão pela qual só muito rapidamente estaremos preocupados com a fundamentação filosófica do tema, a qual embora esteja além do *texto constitucional posto*, é justificável em razão de sua necessidade para a compreensão da matéria.

Antes, porém, e só para demonstrar o interesse que o tema vem despertando, basta lembrar que alguns falam em *Uma Nova Perspectiva*

(JOHAN GALTUNG[2]), outros em *Fim dos Direitos Humanos* (COSTA DOUZINAS[3]), outros em *A (re)invenção dos Direitos Humanos* (JOAQUIM HERRERA FLORES[4]), muito embora a enorme maioria vise a um *discurso ideológico* do tema, em detrimento de um *discurso científico,* perspectivas que não se confundem, tal como destaca JOSÉ RENATO NALINI[5]:

> "Resta definida a distinção entre discurso científico e discurso ideológico. O primeiro, com função descritivo-informativa, destinado a fornecer informações em torno a um objeto. O segundo, com função valorativo-prescritiva, tendente a influenciar a conduta humana a propósito de eleições preferenciais.
>
> Não é destituída de consequência essa diferença. O discurso científico pode ser comprovado. O discurso ideológico não é logicamente dedutível nem experimentalmente verificável. Não atende aos pressupostos da racionalidade, mas finca raízes no fundo emocional da natureza humana".

Mesmo com esta informação de cunho epistemológico, parece-nos impossível a análise dos Direitos Individuais e Coletivos sem se levar em conta diversos aspectos do tema, o que significa uma visão holística ou total destes.

Assim, a Filosofia, a História, a Sociologia e o Direito (sem esquecermos a Biologia na era do Biodireito), dentre outros, são ciências que colaboram para a compreensão dos Direitos Humanos e/ou Fundamentais, visto que cada uma poderá oferecer ao estudioso uma metodologia e visão que irão permitir a compreensão do tratamento que lhes é dado pelos mais variados sistemas jurídicos representativos de momentos ou períodos históricos variados, ao mesmo tempo que, numa ação e reciprocidade, influenciam e moldam aquelas realidades.

Em sua *Teoría de los Derechos Fundamentales*[6] ROBERT ALEXY, considerando os *Direitos Fundamentais como Direitos Subjetivos*, diferencia neles 3 (três) tipos de questões, a saber, *normativas, empíricas* e *analíticas*.

O tipo *normativo* consideraria o material normativo em um sentido bem amplo, sob o qual estariam os textos legislativos, a doutrina e até a jurisprudência, sendo possível distinguir questões "ético-filosóficas e jurídico-dogmáticas e suas respectivas respostas".

"Trata-se de uma questão *ético-filosófica* quando se pergunta, independentemente da validade de um ordenamento jurídico positivo, por que os indivíduos têm direitos e que direitos eles têm", enquanto que "quando se indaga se, em um determinado sistema jurídico, um sujeito de direito tem determinado direito subjetivo, está-se diante de uma questão jurídico-dogmática"[7].

Em relação ao tipo empírico, este:

"abarca coisas as mais diversas. Isso vale também para as questões empíricas que dizem respeito aos direitos subjetivos. Nesse sentido, é possível distinguir entre proposições sobre o surgimento de direitos subjetivos, sobre a história do conceito de direito subjetivo e sobre a função social dos direitos subjetivos, como, por exemplo, sobre 'sua função específica para a organização e a legitimação das relações de dominação'"[8].

Finalmente, ainda segundo ROBERT ALEXY,

"em uma teoria estrutural dos direitos fundamentais o que importa são sobretudo questões analíticas. Para o tratamento analítico dos direitos subjetivos, a diferenciação entre norma e posição é de importância basilar"[9].

Neste sentido, podemos adiantar que cada *ciclo constitucional* será caracterizado por um determinado leque de Direitos, por alguns denominados *gerações* ou *fases*, as quais apesar de se apresentarem em uma linha evolutiva, não significam quebra ou rompimento com o momento que lhes antecedeu.

1.1. A questão terminológica: Direitos Humanos e/ou Direitos Fundamentais. Nossa posição

Na análise do tema, uma questão ainda hoje se apresenta aos estudiosos, qual seja, a questão terminológica, aqui referida sob a forma interrogativa: que expressão melhor retrata nosso objeto de estudos, *Direitos Humanos* ou *Direitos Fundamentais?*

GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, RAFAEL DE ASÍS ROIG,

CARLOS R. FERNÁNDEZ LIESA e ÁNGEL LLAMAS CASCÓN (no citado *Curso de Derechos Fundamentales – Teoría general*[10]), tratando do que denominam *Aproximación Linguística*, começam afirmando que:

> "el término *derechos humanos* es sin duda uno de los más usados en la cultura jurídica y política actual, tanto por los científicos y filósofos que se ocupan del hombre, del Estado y del Derecho, como por los ciudadanos".

Em seguida, e após referirem-se, inclusive, a uma *Retórica de los derechos humanos*, escrevem:

> "existen distintas palabras que expresan el concepto de *derechos humanos*, como *derechos naturales, derechos públicos subjetivos, libertades públicas, derechos morales o derechos fundamentales, derechos individuales, derechos del ciudadano* etc."[11].

Desta flexibilidade terminológica nos fala NORBERTO BOBBIO em seu clássico livro *A era dos Direitos*[12] ao afirmar que "apesar das inúmeras tentativas de análise definitória, a linguagem dos direitos permanece bastante ambígua, pouco rigorosa e frequentemente usada de *modo retórico*".

Parece-nos que, apesar de em princípio ambas as expressões referirem-se aparentemente a um mesmo objeto, em essência existe uma variação quanto ao seu uso correto, devendo-se levar em conta o contexto em que ela for utilizada.

Tratando do tema, PAULO BONAVIDES, em artigo intitulado *A nova universalidade dos Direitos Fundamentais*[13] e depois com algumas alterações em seu *Curso de Direito Constitucional* (*A Teoria dos Direitos Fundamentais*[14]), leciona que:

> "a primeira questão que se levanta com respeito à teoria dos direitos fundamentais é a seguinte: podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente? Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo porém o emprego mais frequente de *direitos humanos* e *direitos do homem* entre autores anglo-americanos e latinos, em ocorrência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão

direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães.

Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam, segundo Hesse, um dos clássicos do direito público alemão contemporâneo. Ao lado dessa acepção lata, que é a que nos serve de imediato no presente contexto, há outra, mais restrita, mais específica e mais normativa, a saber: direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais.

Com relação aos direitos fundamentais, Carl Schmitt estabeleceu dois critérios formais de caracterização.

Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no texto constitucional.

Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantias ou de segurança; ou são *imutáveis*, ou pelo menos de mudança *dificultada*, a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição.

Já do ponto de vista material, os direitos fundamentais, segundo Schmitt, variam segundo a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos”[15].

A afirmativa de SCHMITT, admitindo para os Direitos Fundamentais mudanças dificultadas e mediante lei de emenda à Constituição evidentemente, que não se aplicaria ao caso brasileiro a partir da Constituição de 5-10-1988, exatamente, em razão do que está prescrito em seu art. 60, § 4º, inciso IV.

Esta mudança na compreensão do âmbito dos Direitos Individuais levou PAULO BONAVIDES, na linha de tantos outros autores, a escrever[16] que:

“os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a *universalidade material e concreta*, em substituição da *universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica* daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII”[17].

Discutindo as expressões J. J. GOMES CANOTILHO (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*[18]) escreve:

> "As expressões 'direitos do homem' e 'direitos fundamentais' são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira*:* **direitos do homem** são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta".

2. Neoconstitucionalismo e o estudo dos Direitos Individuais e Coletivos

Exatamente no período descrito como *Neoconstitucionalismo* (expressão que em si mesma não possui um conceito aceito e compreensível), facilmente se pode afirmar que uma verdadeira revolução ocorre no âmbito no Direito Constitucional, a qual se traduz não apenas em um sensível aumento de temas, bem como de novas metodologias, expressas, sobretudo, na atual *hermenêutica constitucional*[19].

Em livro intitulado *Estrutura das normas de Direitos Fundamentais.* Repensando a distinção entre regras, princípios e valores[20], ANDRÉ RUFINO DO VALE faz uma síntese sobre o *Neoconstitucionalismo e normas de direitos fundamentais* que bem atende a nossos objetivos neste instante. Diz-nos:

> "O presente estudo sobre a estrutura das normas de direitos fundamentais está envolvido pela atmosfera teórica, metodológica e ideológica do denominado neo-constitucionalismo, presente em diferentes aspectos nas teorias pós-positivistas de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Luís Prieto Sanchis, Carlos Nino, Luigi Ferrajoli, dentre outros. Esses autores não podem ser reunidos numa corrente unitária de pensamento, mas em suas teorias é possível encontrar uma série de

coincidências e tendências comuns que podem conformar uma ‘nova cultura jurídica’, um ‘paradigma constitucionalista *in statu nascendi*’, ou, em outros termos, ‘o paradigma do Estado constitucional de direito’”.

Adiante, escreve RUFINO DO VALE:

“Esses pontos em comum, retirados de teorias cujas bases filosóficas são bastante ecléticas, podem ser sintetizados da seguinte maneira: a) a importância dada aos princípios e valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados; b) a ponderação como método de interpretação/aplicação dos princípios e de resolução dos conflitos entre valores e bens constitucionais; c) a compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando toda a atividade jurídica e política dos poderes do Estado e até mesmo dos particulares em suas relações privadas; d) o protagonismo dos juízes em relação ao legislador na tarefa de interpretar a Constituição; e) enfim, a aceitação de alguma conexão entre Direito e Moral”.

Por fim, e agora se referindo aos modelos de Constituição, ensina:

“Não se trata, portanto, de um movimento, mas de um conjunto de posturas teóricas que adquiriram sentidos comuns ao tentar explicar o direito dos Estados constitucionais, especificamente aqueles que, a partir do segundo pós-guerra, em momentos históricos de repúdio aos recém-depostos regimes autoritários, adotaram constituições caracterizadas pela forte presença de direitos, princípios e valores e de mecanismos rígidos de fiscalização da constitucionalidade – manejados por um órgão jurisdicional especializado, normalmente o Tribunal Constitucional –, como as Constituições da Itália (1948), Alemanha (1949) e Espanha (1978), contexto no qual as Constituições de Portugal (1976) e do Brasil (1988) inserem-se perfeitamente”.

Pois bem, neste quadro merece destaque o interesse pelos estudos sobre os *Direitos Humanos* em suas diferentes fases ou gerações e sua manifestação concreta nos denominados *Direitos Fundamentais,* tal como se constata no conteúdo dos mais diversos *modelos constitucionais*.

Toda esta realidade inserida no que se tem denominado Pós-Modernidade[21] se explica em função de um dos pontos reconhecidos

pacificamente, tanto em *Teoria do Direito* como em *Filosofia do Direito*, a saber: *Historicidade dos Sistemas Jurídicos*, consequência de que a norma jurídica regula fatos sociais que não são imutáveis, mas sim, variáveis de sociedade para sociedade e mutáveis historicamente[22]. Ademais, o Direito em si é, igualmente, um *fato social*[23], pelo que terá de acompanhar as transformações sociais, isto porque, em última análise, não há norma jurídica efetiva que não esteja inserida em um contexto histórico e político. Desta constatação não poderia se furtar a *Constituição*, entendida pelo *Direito Constitucional Clássico*, como a *Lei Maior* de cada Estado (soberano)[24].

Dizendo de outro modo: as *transformações econômicas e sociais* pelas quais vem passando o mundo contemporâneo impõem, de um lado, *(a)* modificações nos *conteúdos* do *Direito Constitucional* (*enquanto processo ou sistema*), ao mesmo tempo que *(b)* os *fundamentos* do *Direito Constitucional* oriundos da *Teoria Constitucional do séc. XIX*, reconhecem a necessidade de modificar alguns de seus tradicionais conceitos e/ou incluir outros. Nesta perspectiva, trata-se do *Direito Constitucional* enquanto *conhecimento.*

Neste quadro, pode-se dizer que, em se tratando de Direitos Humanos, constata-se, por um lado, a sua *Internacionalização* e, por outro, o surgimento de um *Direito Humanitário* que se sobrepõe a qualquer sistema nacional, razão pela qual, chega-se a uma conclusão inevitável: os conceitos tidos como *clássicos*, no Direito Constitucional de algumas décadas, já não representam nem atendem a realidade constitucional do momento.

Assim, não atualizar-se o estudo do atual Direito Constitucional a esta nova realidade será provocar um fosso ou um *Hiato*[25] entre a realidade dos fatos e a explicação científica que se lhe pretenda dar, sendo um exemplo fundamental a aplicação do *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana* (não só à vida, mas também à morte), que fez transferir a preocupação central que tinha o Direito Constitucional pela *Organização do Estado*, para o Direito Constitucional preocupado em primeiro lugar com o *Homem*.

Entenda-se bem: os temas que integravam o denominado *Direito Constitucional clássico* não desapareceram, mas apenas carecem de uma *redefinição*, a ser feita sob a óptica de um *novo mundo* que não poderá ser ignorado[26], como reconhece JOSÉ ASENSI SABATER, em capítulo

intitulado *Una mirada a los problemas constitucionales actuales*[27], ao observar que:

> "[...] el conjunto de datos que venimos analizando conducen a la conclusión bien obvia de que nos encontramos en medio de una profunda transformación de las coordenadas constitucionales, en el centro de un giro constitucional."

Em seguida, escreve:[28]

> "Cuál será desde ahora la función de las reglas constitucionales que trataban de asegurar el contorno y la estructura del estado, proporcionando al estado su propia estabilidad? Cómo asegurar, mediante un conjunto de reglas constitutivas, no ya lo perdurable del estado (su esquema mismo), sino, simplemente, la apertura de un proceso más incierto, menos definido, más abierto, donde desaparecen los sujetos colectivos, los momentos constituyentes? Cuáles son los centros de los nuevos poderes en contacto y al margen de los poderes que en contacto y al margen de los poderes estatales aparecen en esse entramado de transformaciones del nuevo escenario crítico del fin de la guerra fría, del exceso nacionalista, del desbordamiento de las fronteras políticas, de la instabilidad que se aprecia en los bordes y en el interior del viejo sistema europeu de estados? Qué reglas los deben y pueden concernir?"

Repita-se: em verdade, todas as transformações referidas hão de criar uma *nova Teoria Constitucional*, que deverá encontrar-se calcada na realidade (e não nos gabinetes), sobretudo, quando se trata de analisar a *eficácia* de sua principal fonte, a *Constituição*, tomada no sentido jurídico-político.

Neste sentido, o mesmo SABATER, depois de falar da ausência de uma 'respuesta tranquilizadora' para o problema, conclui no sentido de que:

> "[...] lo único que parece claro es la necesidad de avanzar hacia la elaboración de una teoría constitucional a la altura de los tiempos, una teoría que habrá de ser en todo caso de tipo proyectual, que trate de comprender el cambio de las sociedades. Una teoría capaz de enfrentarse a los problemas de la sociedad y de los ciudadanos y no un mero 'derecho de profesores' (Zagrebelski). Una teoría, en fin, que esté a la altura de los problemas que se plantean en las sociedades democráticas actuales.[29]"

Reconhecendo esta realidade e tratando dos fatores que estão determinando um *Realinhamento Constitucional*,[30] OSCAR VILHENA VIEIRA aponta:

> "[...] três movimentos distintos que vêm rearticulando o constitucionalismo contemporâneo: a *regionalização*, representada pela união de Estados, com fins específicos; o *cosmolitanismo ético*, decorrente do desenvolvimento de um sistema universal de direitos humanos; e a *globalização econômica*, que busca estabelecer um *habitat* ideal para a livre circulação e atuação do capital transnacional por todo o globo."

E prossegue:

> "O primeiro desses movimentos que têm causado uma reconfiguração dos sistemas constitucionais decorre da formação de blocos regionais, onde, em função de uma integração econômica, surge a necessidade de uma integração de ordem política e jurídica [...] O segundo movimento [...] decorre do desenvolvimento de um sistema internacional de direitos humanos a partir do final da Segunda Guerra [...] O terceiro movimento, reconhecido como globalização econômica, não decorre de uma ação deliberada de estadistas, com objetivos éticos, como no caso dos direitos humanos, ou político-econômicos aqui no sentido do fortalecimento coletivo das economias de uma determinada região, como no caso da União Europeia, mas de uma retórica voltada a justificar a expansão e os interesses do capital dos países de economia central, especialmente os Estados Unidos. Essa expansão tem sido legitimada ideologicamente pelo neoliberalismo. Embora essa onda já se encontre em refluxo, ela continua exercendo uma forte pressão sobre os sistemas constitucionais, especialmente aqueles que reconhecem direitos de caráter social."

ANTONIO DEL CABO, por sua vez, em livro intitulado *Globalización, Constitucionalismo y Derechos: Las vías del Cosmopolitismo Jurídico*,[31] afirma que:

> "[...] desde su gestación, a mediados de la década de los 80, y sobre todo, con su creciente difusión a partir del desplome de los regímenes burocráticos del Este y del fin del mundo bipolar de la posguerra, el concepto de 'globalización' ha pasado a constituir un elemento

> omnipresente en toda reflexión teórica que pretenda dar cuenta acabada de la configuración económica, cultural o jurídica de las sociedades de fin de siglo. En ese marco, ha supuesto también un desafio central al paradigma constitucional entendido como sistema de vínculos y controles a los poderes públicos y privados en benefício de los derechos de las personas."

Logo em seguida, em nota de pé de página, observa o mesmo autor que "a pesar de la relevancia del tema, son más bien escasos los trabajos que han enfrentado directamente las aporías derivadas de la relación entre constitucionalismo y globalización."[32]

Não há dúvidas de que este período denominado *Pós-Modernidade* e que coincide com a *Globalização* tem sido objeto de análises sob as perspectivas econômica e/ou sociológica, sendo poucos os autores que, apesar de sua importância e das relações que mantém com o *Constitucionalismo*, têm se preocupado por estudar tais relações, sob o ponto de vista jurídico.

Não é fácil fixarem-se os pilares que norteiam e seguram o conceito e conteúdo do *Pós-Modernismo Jurídico* ou *Pós-Modernidade*, valendo lembrar-se de que ARNALDO SAMPAIO DE MORAES GODOY (*Pós-Modernismo Jurídico*)[33] destaca um ponto por demais oportuno para nossos objetivos:

> "[...] o pós-modernismo vem sendo apropriado e estudado por muitas disciplinas, da filosofia aos estudos culturais, da geografia à história da arte, da política ao direito. No entanto, o que o pós-modernismo significa em uma disciplina não é exatamente o que pode significar em outra disciplina. Pode se perceber até incompatibilidade de significados. Embora circulando em âmbito de cultura popular o pós-modernismo permanece tema e controvérsia em círculos culturais elevados, sofisticados e acadêmicos. O termo é muito flexível."

Na segunda parte de seu livro, na qual o autor se volta à análise do tema que inspirou o nome da obra, ou seja, o *Pós-Moderninismo Jurídico*, GODOY adverte:

> "[...] porém, decididamente, não há direito pós-moderno. Há, sim, reflexão jusfilosófica pós-moderna, questionadora dos paradigmas do

> direito moderno, mas incapaz ou desinteressada em apresentar modelo alternativo, real, factível. Quando muito, poderia se duvidar da cindibilidade justinianeia entre direito público e direito privado, questionando interesses públicos e demonstrando a primariedade suposta de alguns deles, que não se confundem simplesmente com os projetos que animam os governantes, detentores da máquina propulsora da inflação legislativa e de elefantíase judicial pela qual passamos.[34]"

Esta afirmativa feita por MORAES GODOY é de uma impressionante validade, sobretudo porque chama a atenção para o fato de que o *Direito (= sistema jurídico)* não quebrou radicalmente com os modelos passados, mas apenas evoluiu para receber, sem dúvida, alguns inúmeros assuntos que, até o surgimento do denominado *constitucionalismo social* oriundo do México de 1917 e Weimar de 1919, encontravam-se apenas regulados pela legislação infraconstitucional, enquanto nos dias presentes foram elevados à categoria de matérias constitucionais.

O que foi trazido à colação irradia-se, evidentemente, no âmbito dos denominados direitos humanos, na esfera da infraconstitucionalidade, fazendo com que ocorra a presença cada vez maior de diplomas legislativos envolvendo temas dos denominados *Biodireito, Direito Econômico, Direito à Cultura* etc..., podendo destacar em relação ao primeiro (*Biodireito*) a existência de uma vasta relação de diplomas legislativos, o que justifica a autonomia cada vez maior deste novo ramo do conhecimento jurídico[35].

Toda esta legislação e o novo enfoque com que se vem tratando o tema provocam, sem dúvidas, questões jurídicas de profundas indagações, tanto que no exercício da *Jurisdição Constitucional,* o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL foi chamado a pronunciar-se sobre a possível Inconstitucionalidade (ADIn 3.510-0 DF) do art. 5º da Lei Federal n. 11.105 (24-3-05), "Lei da Biossegurança", em ação que foi impetrada pelo então Procurador-Geral da República, Dr. CLÁUDIO LEMOS FONTELES, e que trouxe ao órgão máximo do Judiciário Brasileiro várias experiências processuais novas, inclusive a realização de Audiência Pública, por iniciativa do Relator, Min. CARLOS AYRES DE BRITTO.

Nesta nova realidade, independentemente de falar-se em ciências naturais e ciências humanas ou sociais, vale ressaltar que, sobretudo as denominadas *Ciências do Direito* e das *Ciências da Saúde* tiveram seus pilares questionados, demonstrando a existência de dúvidas provocadas pela

existência de *lacunas* que, com urgência, necessitam ser preenchidas. Esta constatação significa, em última análise, sublinhar que o conhecimento científico se vê diante de uma mudança de *paradigma*, passando do denominado *paradigma cartesiano*[36] para um outro, mais conhecido como *paradigma holístico*.[37]

Objetivamente, nesta evolução pela qual passaram as Constituições desde o Liberalismo até os dias atuais, podemos destacar três aspectos, a saber:

1) modificou consideravelmente o *discurso constitucional*, que, desde então, não mais se resume aos tradicionais conceitos de Formas de Governo, Formas de Estado, Direitos e Garantias Individuais, Competência, Separação de Funções etc., mas, ao contrário, a esta terminologia juntaram-se vocábulos que não têm uma explicação jurídica, como por exemplo, *juros reais, pleno emprego, dignidade da pessoa humana, eficiência da administração e da prestação jurisdicional, ordem social justa*, e centenas de outros. Tal fato refletir-se-á não apenas na já referida dimensão dos textos constitucionais, mas exige do seu estudioso um conhecimento quase enciclopédico, pois além de abranger os denominados "ramos da ciência jurídica", abrange também as demais Ciências Sociais. Para comprovar o que se diz, exemplifiquemos com a Constituição Federal de 1988, art. 231, cujo conteúdo para ser devidamente compreendido, lançará mão desde ensinamentos da História, até a Economia e a própria Antropologia Cultural, para não falarmos de uma irrenunciável compreensão dos fatos regulamentados à luz da Sociologia, da Ciência Política e da Psicologia Social;

2) autorizou a Doutrina falar em *Constituição Cultural, Constituição Tributária, Constituição Social, Constituição Econômica, Constituição da Saúde, Constituição do Processo (ou Teoria Constitucional do Processo)* cada uma representativa de um dos subsistemas constitucionais, embora só "isoláveis" para efeitos didáticos e/ou de análises;

3) todas estas modificações interferem diretamente no estudo dos *Direitos Fundamentais* tais como enunciados na Constituição Federal, obrigando a que o constitucionalista passe de uma análise *fragmentada da realidade* para uma *análise holística (ou total da realidade)*[38].

3. Natureza filosófica: o Direito Natural e o Estado de

Direito

A discussão da *natureza filosófica* de qualquer instituto jurídico é algo sempre discricionário, visto que será fundamentado em *juízos de dever ser*, que serão representativos de inúmeros aspectos inatos ou adquiridos por aqueles que os irão emitir.

Em nosso caso, façamos uma afirmativa preliminar, que é uma tomada de posição pessoal, visto que, sendo filosófica, há de ser valorativa e, em torno da qual girará todo o nosso raciocínio neste item: a existência de direitos e garantias individuais está ligada à própria condição do *homem enquanto homem*, isto é, do homem enquanto possuidor de uma essência metafísica.

Em outras palavras: a natureza filosófica destes *direitos e garantias* é de direito natural, pertencente à essência do homem e não uma dádiva ou *benesse* de qualquer Organização Política ou ordenamento jurídico-positivo, que apenas os reconhece, ou não[39].

Nesta linha de entendimento, JACQUES MARITAIN (*Man and the State*[40]) escreve que "o fundamento filosófico dos Direitos do Homem é a Lei Natural". E continua:

> "Lamento não podermos encontrar outras palavras! Durante a era racionalista, juristas e filósofos deturparam de tal modo a noção de lei natural – quer para fins conservadores, quer para fins revolucionários –, apresentaram-na de maneira tão simplificada e tão arbitrária que é difícil empregar, hoje em dia, o termo, sem despertar desconfiança e a suspeita em muitos de nossos contemporâneos. Eles deveriam, entretanto, lembrar-se de que *a história dos direitos do homem está ligada à história da Lei Natural*, e que o descrédito em que, por certo tempo, o positivismo lançou a ideia de Lei Natural provocou inevitavelmente um descrédito semelhante para a ideia dos Direitos do Homem"[41].

ADALBERTO ZEIMAR BARBOSA em *Comunicação* feita às *Primeiras Jornadas Brasileiras de Direito Natural* (*Los Derechos Humanos ante el Estado de derecho y el derecho natural*[42]) não vacila ao declarar que "los derechos humanos no son creados por la ley positiva sino que el Hombre los posee en virtud de su naturaleza. De alli su identificación con los preceptos de la Ley Natural", enquanto ALFREDO BUZAID[43], estudando

a *difusão das ideias nos fins do século XVIII e primórdios do século XIX*, afirma que:

> "o homem é titular de direitos absolutos, oriundos da natureza, anteriores e superiores ao Estado. A lei não os criou; limitou-se a reconhecê-los. Por isso, se o Estado os ofende, falha em sua missão. A liberdade humana é ilimitada em princípio, enquanto o poder do Estado é *limitado*. No domínio político, o tipo de Estado, que se ajusta ao jusnaturalismo, tem por finalidade a tutela do cidadão contra os abusos do poder. O Estado de Direito, em que se transfunde a ideologia do liberalismo democrático, é o império da lei, que cria como que uma harmonia preestabelecida entre os seus preceitos e a garantia da liberdade"[44].

JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUZA, em conferência intitulada *O Estado de Direito e o Direito Natural*[45], após escrever que "o Estado de Direito tornou-se a grande aspiração daqueles que querem ver respeitados os direitos humanos", doutrina:

> "Por isso mesmo, o Estado de direito supõe necessariamente o direito natural. A subordinação do Estado à ordem jurídica (...) só será verdadeiramente eficaz mediante uma condição indispensável: que se reconheça um critério objetivo de justiça, transcendente em relação ao direito positivo e do qual este depende.
>
> Tal critério, por sua vez, decorre da existência do *justo* por natureza, que deve informar as normas estatuídas pelo legislador".

MIGUEL REALE no ensaio que escreveu em homenagem a CARLOS COSSIO, pelo transcurso do seu 80º aniversário (*Raízes do Direito Natural*[46]) informa que:

> "tem sido observado, aliás, com rigor, a Constituição, como estatuto político fundamental, ao proclamarem os direitos indeclináveis do homem, de uma forma ou de outra, se achegam aos enunciados do Direito Natural, sobretudo no que se refere aos *Direitos Humanos*".

Este posicionamento, de nossa parte, não nos leva a desconhecer as críticas contundentes feitas ao direito natural (sobre o qual existem variadas interpretações de conteúdo) pelos chamados positivistas e pelos historicistas

na segunda metade do séc. XX, e já referidas por MARITAIN.

A propósito, RECÁSENS SICHES no *Tratado General de Filosofía del Derecho*[47], tratando deste ponto, ensina que:

> "esta doctrina de los derechos naturales, inalienables, imprescriptibles, superiores al Estado, fue objeto de múltiplas y varias críticas en el ámbito académico en la segunda mitad del siglo XIX y en los primeros decenios del XX. Tal doctrina fue censurada por los positivistas, quienes combatían estas tesis por ser expresión de una concepción iusnaturalista que ellos rechazaban, ya que negaban toda Estimativa Jurídica. Fue atacada también por los historicistas - ya desde comienzos del siglo XIX - porque éstos no admitían principios racionales de validez universal y necesaria".

Claro que, para uma posição filosófico-jurídica que apenas entenda a *Lei* como manifestação do *Direito*, e como sua única origem do Direito o *Estado,* falar-se em *Direito Natural* como algo nem sempre exposto, mas até, às vezes, negado e combatido pela própria Lei, seria uma contradição em termos. Porém, há aí a ausência de uma distinção que se apresenta necessária e irrenunciável, principalmente, para evitar interpretações errôneas: uma coisa é a essência do Direito, independente de qualquer ordenamento jurídico-positivo (ex.: direito à vida, direito à liberdade de consciência) e outra coisa é a regulamentação do exercício deste direito, regulamentação esta feita através da Lei ou Jurisprudência, e nem sempre (repita-se) de acordo com a essência do Direito, mas apenas como reflexo de um momento histórico determinado, de uma *ideologia política*.

VICENTE RÁO em seu clássico livro *O Direito e a vida dos direitos*[48] comunga deste mesmo posicionamento, como se observa do texto seguinte:

> "A concretização do Direito em normas ou preceitos legislativos ou simplesmente costumeiras, ou jurisprudenciais, mas sancionados e impostos pela autoridade do Estado, revela, em relação a cada comunidade nacional, uma concepção peculiar do que é justo, ou imposto nas relações humanas e no modo de solução dos conflitos que destas relações surgem; assim é que se caracteriza e nasce o *Direito Positivo*, por natureza contingente e variável de povo a povo e em cada povo, como contingentes e incessantemente variáveis são em ações, reações, relações e conflitos, que forma o seu objeto. É, pois, o Direito Positivo um direito declarado, praticado e feito valor, materialmente, pela proteção-coerção a

cargo do Estado".

E à frente, continua o autor de *O Ato Jurídico*:

"Mas, acima dessas concepções particulares, uma concepção geral do direito existe, que a todos os povos se impõe, não pela força da coerção material, mas pela força própria dos princípios supremos, universais e necessários dos quais resultam princípios, estes inerentes à natureza do homem, havido como ser social dotado, ao mesmo tempo, de vida física, de razão e de consciência.

E, na verdade, é o homem um *ser* formado de corpo e alma, criatura que, por sua tendência ao aperfeiçoamento, caminha em direção ao criador.

Não são, portanto, apenas as suas exigências físicas, ou sociais, nem tão pouco apenas os preceitos éticos, morais ou espirituais, nem, ainda, exclusivamente, a razão, que definem a sua natureza; ao contrário, são todos estes elementos reunidos que integram a unidade natural da pessoa humana.

A razão extrai e declara os princípios gerais que do concurso de tais elementos resultam e, pois, da natureza humana decorrem; mas, nesta e não naquela se encontra o fundamento do Direito Natural, que não é um superdireito, mas – um conjunto de princípios supremos, universais e necessários que, extraídos da natureza humana pela razão, ora inspiram o Direito Positivo, ora por este direito são imediatamente aplicados, quando definem os Direitos Fundamentais do homem".

Bem o sabemos que a expressão *Direito Natural* choca a várias correntes do pensamento jurídico. Porém, todos creem que existe no homem um *sentimento ou busca de justiça que lhe é natural e inerente*, em consequência de sua racionalidade. Por assim também entender, CLÁUDIO SOUTO define a *regra de direito* como "aquela em consonância com o sentimento humano de justiça e com dados de conhecimento científico empírico", sendo a conduta jurídica aquela "em consonância com a norma de direito"[49].

Ainda para o mesmo autor,

"a referência a um sentimento do dever ser pretende expressar aquilo que é próprio a todo homem, abstraídas suas ideias, quando se pergunta a ele, por exemplo, se um conteúdo normativo de uma forma vigente de

coercibilidade (lei, costume, decisão judicial etc.) *deve ser*, ou seja, *se deve ser um dever ser*".

EROS ROBERTO GRAU (*Elementos de Direito Econômico*[50]), a propósito, afirma:

"O Direito não é apenas a expressão da vontade do soberano ou do Estado, um conjunto de regras coerente e lógico. A ideia de Direito está umbilicalmente comprometida com o ideal de Justiça – isto é imprescindível afirmarmos desde logo. O que admito – chame-se ou não a isso expressão de Direito Natural – é a existência de valores que são imanentes ao ser humano, cujas expressões este, no curso de sua história e no confronto entre ideais individuais e ideais sociais, vai reconstruindo, segundo as necessidades da convivência comunitária. Não se alegue que a referência a valores que são *imanentes* importa em que os esteja em considerar como se estáticos fossem: tais valores, dinamicamente, variarão segundo as circunstâncias de espaço e de tempo do homem e da sociedade. Por isso mesmo é que me referi a uma ação de Direito Natural de conteúdo variável".

Por outro lado, sendo o homem um ser sociável, a maneira de interpretar o seu *sentimento de justiça* ou de *dever ser* sofrerá influências do grupo e dos valores que o rodeiam. Pois bem, deste sentimento deriva, em última análise, a fundamentação sociopsicológica e filosófica dos Direitos e Garantias Individuais, que, quando positivados na norma constitucional, podem ser desvirtuados de seu verdadeiro sentido, em razão de momentos históricos ou crises político-institucionais. Este desvirtuamento, no entanto, não nega nem afasta a existência de um sentimento básico e permanente de justiça, inerente ao homem, e ao qual, se poderá chamar (como o fazemos) de *Direito Natural*.

A afirmativa feita e a noção que oferecemos não são pacíficas, principalmente se buscarmos a origem do Direito Natural (em Deus ou na razão humana, por exemplo), já que, como lembra NELSON SALDANHA no ensaio *Sobre a evolução do problema do Direito Natural* "há hoje uma série de revisões do tema".

Contudo – insistimos –, acima de preceitos legais jurídico-positivos, existem outros, inerentes ao homem em sua *condição de ser humano*, independentes do que deles pensem os textos codificados, e que

representam o suprarreferido sentimento de justiça.

Tais princípios são e existem, e por isto são invocados contra os abusos do poder político até mesmo por aqueles que os negam, toda vez que aquele poder cerceia a liberdade, tolhe a manifestação de pensamento, viola o sigilo de correspondência, impõe a pena de morte, impede o direito de associação, exclui da apreciação pelo Poder Judiciário ofensas a direito individual, isto para ficarmos em exemplos mais comuns e mais simples.

Nestes momentos, mesmo de forma inconsciente (?), discute-se a legitimidade da norma positiva em relação ao referido *sentimento de justiça*, e conclui-se que, sendo *legal*, não é, contudo, *legítima*. Cite-se, nesta linha de raciocínio, a concepção hitlerista de superioridade da raça ariana e a determinação do extermínio de judeus, fatos que, apesar de encontrarem guarida na legislação do Reich, não podem, em sã consciência, ser identificados como manifestações de direito, embora sejam manifestações de legalidade. Aliás, oportuno é lembrarmos a observação feita por CARL SCHMITT (*Legalidad y Legitimidad* [51]): "Hitler se ha servido de la legalidad como su arma más poderosa".

Sobre o assunto, J. P. GALVÃO DE SOUZA, desta feita no livro *Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito*[52], escreve que:

> "é interessante, todavia, verificar que, malgrado as inúmeras críticas provocadas pelo direito natural moderno, os positivistas muitas vezes se aproximam, sem o perceber, dos princípios fundamentais do direito natural clássico, nem sempre conhecido suficientemente pelos seus adversários".

GUSTAV RADBRUCH, em *Vorschule der Rechtsphilosophie*[53], ao se referir, em última análise, ao problema que estamos analisando – *Legalidade e Legitimidade* –, doutrina:

> "Pode o positivismo condenar o Direito aplicado em Nuremberg por ter violado o princípio de legalidade e por ter dado efeito retroativo ao direito formulado *expressamente* no momento de sua aplicação; pode, mas não convence, pois se não as leis mesmas, pelo menos seu conteúdo se achava em vigor quando foram praticados pelos estadistas nazistas os crimes contra a humanidade. As leis aplicadas em Nuremberg, respondem, por seu conteúdo, a um Direito superior à lei, supralegal, seja qual for o

conceito que dele tenhamos, como um direito da razão. Ora, esse direito *não escrito* que define os crimes contra a humanidade, aplicado coativamente em Nuremberg, só pode ser compreendido como fruto da tradição jusnaturalista e como sinal da morte do positivismo jurídico".

Em nosso livro-tese *Poder constituinte e revolução – Breve introdução à teoria sociológica do Direito Constitucional*[54] discutimos este assunto, chegando à conclusão de que a norma jurídico-positiva pode ser constitucional (e o é sempre que cumpre as formalidades de sua produção), porém, injusta, caso em que se confirma a afirmativa de que *todo Direito pode ser Lei, mas nem toda Lei é Direito.*

Para finalizar, lembremos que não há *choque* entre as duas *espécies* de Direito, ou seja, entre o *Direito Natural* e o *Direito Positivo*. Este – e é o caso dos *Direitos Individuais constitucionalmente assegurados* – torna efetivo aquele, na medida em que positiva, através dos elementos cogentes do poder político, os princípios que são parte integrante e inalienável à própria condição do ser humano: os direitos naturais ou o sentimento permanente de Justiça!

4. Os Direitos Individuais: história de sua formação como teoria. Situação atual[55]

Na literatura contemporânea os Direitos Humanos têm despertado a atenção de filósofos, teólogos, historiadores, cientistas políticos, juristas, juscomparatistas, todos eles preocupados, por um lado, com a amplitude que o tema vem assumindo e, por outro, com a eficácia dos mesmos, sempre buscando fazer com que eles não sejam mera promessa nunca cumprida pelo Poder Político. Neste último sentido, é inegável a criação de novos institutos constitucionais e processuais no sentido de obrigarem os governantes a cumprir e tornar reais, além dos denominados direitos clássicos de primeira geração, os direitos sociais, econômicos, culturais e ecológicos consagrados nas Constituições contemporâneas[56].

Nosso objetivo neste item não é escrever uma História dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivos, mas sim, indicar os *momentos* mais importantes de sua evolução no contexto do pensamento jurídico-filosófico,

bem como em seus marcos legislativos, o que facilitará a exposição e compreensão da matéria no texto constitucional brasileiro vigente.

Tomando-se como ponto de partida a sociedade grega, com a sua *Organização Política Transpersonalista*, lá não se indagou a respeito de direitos do homem como tal, perante o Poder, isto porque, e como lembra VICENTE GRECO FILHO no livro *Os direitos individuais e o processo judicial*[57], "a violação da personalidade do cidadão mereceria a reprovação da *polis*, por força de um julgamento ético e político, e não juridicamente institucionalizado".

Sobre o tema, JOSÉ SODER em clássico livro da doutrina nacional e intitulado *Os Direitos do Homem*[58] escreve que:

> "o mundo greco-romano não conheceu explicitamente os direitos do homem, por causa de sua concepção do Estado; colocou, não obstante, os fundamentos do moderno reconhecimento desses direitos, através da sua doutrina clássica sobre o Direito Natural.
>
> A concepção de Estado reinante entre os gregos impedia que fossem concebidos ao indivíduo direitos com relação ao poder público. O Estado grego era a *polis*, a cidade individual autossuficiente".

Segundo lição de RAUL MACHADO HORTA no artigo *Os Direitos Individuais na Constituição*[59]

> "a concepção dos direitos individuais reflete condicionamentos históricos, políticos e filosóficos, que se tornam responsáveis por aproximações ou afastamentos das formas concretas de organização política. A liberdade do mundo antigo não desfrutou do mesmo alcance da liberdade no mundo moderno. Tornou-se famosa a apresentação antitética das duas concepções, de acordo a posição ocupada pelo homem diante do poder. A liberdade do mundo antigo é concebida como participação *no poder do Estado*, enquanto a liberdade no mundo moderno se avalia na medida em que o indivíduo se afirma em face *do poder do Estado*. Na primeira versão, o homem goza de instantes ou de momentos de liberdade, que se confundem com as decisões adotadas nos comícios ou nos órgãos de deliberação coletiva. É a liberdade em função da comunidade, dotada de valor *transpersonalista*. Na segunda concepção, a liberdade se põe em relação com uma decisão individual sem compromisso prévio a ordem

individualista. A concepção de liberdade do mundo antigo, com o indivíduo se desenvolvendo no Estado, acaba se projetando no mundo moderno, através de doutrinas comunitárias que afirmam a primazia de valores coletivos sobre os individuais”[60].

Só na Idade Média, período em que a superioridade da doutrina cristã dominava toda a vida e a cosmologia de então, passou o Homem a ser olhado como *imagem e semelhança de Deus*.

Ainda na lição de GRECO FILHO:

“Através dessa concepção, estabelecendo-se um vínculo entre o indivíduo e a divindade, superou-se a concepção do Estado como única unidade perfeita, de forma que o homem-cidadão foi substituído pelo homem-pessoa. Imediatamente, sentiu-se tal influência na mitigação das penalidades atrozes, no respeito ao indivíduo como pessoa e em outros campos”[61].

Em 1215, a Inglaterra dá um passo importante para a limitação ao exercício do poder: a *Magna Charta Libertarum*, imposta pelos barões ao Rei JOÃO SEM TERRA, e na qual as *liberdades* ali ventiladas eram muito mais *privilégios* em favor de uma camada social – o baronato – do que mesmo expressão de liberdade, como hoje entendida.

A propósito, para ROBERTO GARCIA DE VERCHER e GERALDO LAGUENS MARQUESAN, no livro *Política y Derecho (Introducción al Derecho Constitucional Español y Comparado)*[62]:

“el derecho Constitucional inglés[63] ha sido falseado respecto a su verdadero contenido. Es frecuente afirmar que Inglaterra fue el primer país que reconoció los derechos individuales y que limitó el poder de los monarcas. También se dice que fue la primera manifestación de la división de los poderes y de la soberanía popular. Pero es totalmente falso”.

E justificando a “falsidade arguida”, escrevem:

“...en esa lucha entre la ley y la nobleza triunfa esta última que arranca a Juan Sin Tierra la famosa Magna Carta, que *contra la opinión dominante no es una declaración de derechos del pueblo, sino unos principios a*

beneficio exclusivo de la aristocracia”[64].

Nos séculos XVII e XVIII vários documentos ingleses vieram completar a *Magna Carta*, podendo-se citar a *Petition of Rights*, o *Habeas Corpus Act* e o *Bill of Rights*.

Outros passos decisivos neste processo histórico-legislativo foram a *Constituição de Rhode Island* (1663), onde se consagrava a liberdade de religião (nem a Inglaterra a tinha!) e a *Constituição dos Estados Unidos da América do Norte* (1787) e às quais, em 1789, juntou-se uma Declaração de Direitos e Garantias Individuais. Ainda no mesmo ano, a Assembleia Constituinte da França, no auge da Revolução, aprovou a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, a qual, por alguns, é tão aplaudida que leva ao esquecimento os textos que lhe antecederam, isto em ato de profunda injustiça histórica.

Novamente, demos a palavra a MACHADO HORTA[65]:

> “A consagração formal, técnica e jurídica dos direitos individuais é mais recente no tempo, coincidindo com a organização constitucional do Estado. A Constituição surgiu para realizar a dupla tarefa originária: organizar os poderes do Estado, dentro de pauta de competência fixadas previamente, e declarar os *direitos naturais*, imprescritíveis e inalienáveis do Homem”[66].

Na Idade Contemporânea, no âmbito ainda dos clássicos e tradicionais *direitos e garantias individuais*, o constitucionalismo consagra os chamados *direitos sociais*[67], de conteúdo econômico, e que, a partir das *Constituições Mexicana de 1917, Weimariana de 1919, da Polônia* e *Iugoslávia (1921)*, constam de todos os textos constitucionais, funcionando, até certo ponto, como *obrigações positivas* do Estado em relação aos indivíduos.

Apesar de seus precedentes doutrinários encontrarem-se nos Evangelhos, em MARX e na Doutrina Social da Igreja através de suas Encíclicas Papais, a inclusão dos *Direitos Sociais* e, dentro destes, os *Direitos do Trabalhador*, em nível de Direito Positivo a Constituição Francesa de 1848 já consagrava alguns princípios de caráter social. Contudo, foi no Constitucionalismo contemporâneo, sobretudo depois de 1917 no México, e na Alemanha – Weimar, 1919 –, que esta elevação do social e do econômico ao nível constitucional ocorreu de forma generalizada, sendo produto de

circunstâncias históricas. A este acontecimento, BURDEAU tem denominado “passagem da Democracia Política para a Democracia Social”, e com ela o conteúdo de uma nova *Ideologia Constitucional*.

Sobre o tema, ensina JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, em artigo intitulado *Teoria Geral do Constitucionalismo*[68], que:

> “no constitucionalismo de entreguerras ocorre a confluência de tendências socialistas, liberais, cristãs, com influências nas Constituições, onde já começam as técnicas planificadoras. Na descrição dessas modificações, Pablo Lucas Verdu ressalta a configuração do Estado de Direito, como Estado social de direito. Sente-se a necessidade de constitucionalização das realidades econômico-sociais. Com as constituições da Primeira Guerra Mundial e após a Segunda Guerra, as Constituições europeias, antecedidas pela Constituição do México, de 1917, consagraram os direitos econômicos e sociais (trabalho, seguro social, função social da propriedade, nacionalização, empresa pública)”.

ROSAH RUSSOMANO (*Dos Direitos Sociais e do seu perfil na nova Constituição*[69]) doutrina que:

> “duas causas principais encontram-se na raiz destes direitos.
>
> A primeira traduz-se na crise econômica da Guerra, que exigiu o conhecimento de problemas que não mais poderiam ser ignorados, nem sequer relegados a plano secundário.
>
> A segunda desvela-se através da Revolução Russa, que simbolizou uma *experiência ameaçadora*, impondo à consciência democrática a transformação das liberdades individuais, para que, sem quebra de sua concepção substancial, se reconhecessem os novos direitos.
>
> A Constituição Mexicana de 1917, cronologicamente, foi prioritária em se ajustando, antes de finda a Guerra, à ambiência que da mesma se achava a fluir. No entanto, acentuada por caráter nacionalista, não teve, na cultura ocidental, a influência que veio a exercer a que lhe sucedeu – a Constituição de Weimar, de 1919”.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO ao analisar *A Constituição de Weimar e os Direitos Sociais*[70], e depois de traçar o quadro histórico daquele momento, arrima-se em MIRKINE-GUÉTZÉVITCH, para afirmar que:

> “o Estado moderno não pode contentar-se com o reconhecimento da independência jurídica do indivíduo; ele deve ao mesmo tempo criar um mínimo de condições jurídicas que permitam assegurar a independência social do indivíduo”.

E prossegue FERREIRA FILHO:

> “Como as liberdades públicas, os direitos sociais são direitos subjetivos. Entretanto, não são meros poderes de agir – como é típico das liberdades públicas de modo geral – mas sim poderes de *exigir*. São ‘direitos de crédito’”[71], o que faz com que, ainda em suas palavras, “o sujeito passivo desses direitos é o Estado. É este posto como o responsável pelo atendimento aos direitos sociais”.

As referências bibliográficas feitas trazem consigo um objetivo, qual seja, o de chamar a atenção dos leitores para a *injustiça* que, em geral, se comete com relação ao texto constitucional mexicano de 1917, sobre o qual DURET[72] afirma:

> “El artículo 123 establece por primera vez en nuestra Ley Constitucional los cimientos de una legislación de trabajo inspirada en principios de elemental justicia y en razones de humanidad”, para mais adiante concluir que “el artículo 123 es una novidad que distingue en absoluto a la Constitución vigente de la de 57, quitando a aquélla el aspecto individualista y liberal que le daban también sus primeros 29 artículos, para tomar la contextura de un Código social amparador del derecho colectivo”.

Não se pense, entretanto, que só no passado séc. XX o econômico e o social interessaram às Constituições, pois, como dissemos acima, ao lado da Francesa de 1848, e apesar de terem sido exceções, ainda em pleno século XIX, isto é, no auge do denominado *Constitucionalismo Liberal*, pode ser referida a Constituição da Suíça de 29.5.1874 (art. 34), sendo que, sob a vigência da primeira, foi editado o Decreto n. 2.529, que introduzia a *Garantia do Trabalho*, naquele país europeu.

Sobre este ponto, importante é a lição de JOSÉ Ig. MARTÍNEZ ESTAY quando, em seu livro *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Humanos*[73] escreve, ao tratar do *Nacimiento del*

Constitucionalismo Social. La Constitución francesa de 1848: Primera formulación de derechos sociales, que:

> “a mediados del siglo XIX cambia la percepción sobre la pobreza y las desigualdades sociales. Comienzan a plantearse las primeras demandas sociales y a surgir los primeros movimientos obreros. En Francia el deseo de transformar el orden liberal desató la revolución de 1848, cuyo carácter social quedó reflectado en sus reivindicaciones: asegurar condiciones mínimas de existencia, derecho al trabajo, derecho a la instrucción, y nacionalización de la banca, minas y ferrocarriles.
>
> Uno de los frutos más importantes de esta revolución fue la Constitución de 4 de noviembre de 1848, cuyo texto contenía algunas disposiciones que eran fiel reflejo del espíritu revolucionario. El artículo VIII de su preámbulo señalaba los deberes del Estado, entre los que se contaba el de proteger al ciudadano en su trabajo, y poner al alcance de todos la instrucción indispensable a todo hombre. Asimismo, este artículo obligaba al Estado a segurar la existencia a los necesitados, proporcionándoles trabajo, dentro de los límites de sus recursos, o los medios de subsistencia a quienes no podían trabajar. Ya en la parte normativa misma de la Constitución, su artículo 13 (Capítulo II) consagraba la instrucción primaria gratuita, la igualdad de rentas entre patrones y obreros, y el deber de crear trabajos públicos para desocupados. Por último, en este artículo se contempló el deber social de proveer asistencia a niños abandonados, a los desamparados y a los ancianos sin recursos.
>
> *Por lo anterior, puede sostenerse que la primera formulación de los derechos sociales fue la efectuada por la Constitución francesa de 1848. La razón es simple: sólo puede hablarse de derechos sociales a partir del momento en que la sociedad creyó necesaria la transformación del orden liberal, pues constituyen uno de los medios para alcanzar tal fin. Y aquel momento sólo llegó a mediados del siglo XIX, precisamente la época en que surgió dicha Constitución como consecuencia de una revolución social”*[74].

Apesar desta constatação, não há como negar, que foi com a Constituição Mexicana de 1917, as Constituições da Rússia (1918-1923, 1925 e 1936), a de Weimar (Alemanha, 1919), a da Espanha (1931), a da Itália (1947) e as

Francesas de 1946 e 1958, dentre outras, que se deu *maior destaque à matéria social*, enquanto no Brasil, sem esquecermos dos precedentes, embora singelos, da Carta de 1824 e da Reforma de 1926 ao texto de 1891, os Direitos Sociais se incorporaram à Constituição a partir de 1934.

Esta *transformação histórica* no conteúdo dos *Direitos Fundamentais*, com o reconhecimento de Direitos Sociais e hoje daqueles ligados à Bioética, permite-nos retomar o tema das *Gerações de Direitos*, hoje identificadas por alguns em 4 (quatro) e por outros em 5 (cinco) 'ondas'.

Dentre os primeiros, DIEGO LÓPEZ GARRIDO[75] fala em *Quatro Gerações*, apresentando o seguinte esquema:

Primera Generación: Los Derechos de la libertad;

Segunda Generación: Los Derechos económicos y sociales;

Tercera Generación: Los Derechos de la solidariedad humana: a) – Derecho a la paz; b) – Derecho al medio ambiente; c) – Derecho al desarrollo; d) – Derecho al patrimonio común de la Humanidad;

Cuarta Generación: Los Derechos de la sociedad tecnológica.

Nesta mesma linha, LUIGI FERRAJOLI em livro intitulado *Derechos y Garantias* – La Ley del más débil[76] aponta:

> "cuatro clases de derechos: los *derechos humanos*, que son los derechos primarios de las personas y conciernen indistintamente a todos los seres humanos, como, por ejemplo (conforme la Constitución italiana), el derecho a la vida y a la integridad de la persona, la libertad personal, la libertad de conciencia y de manifestación del pensamiento, el derecho a la salud y a la educación y las garantías penales y procesales; los *derechos públicos*, que son los derechos primarios reconocidos sólo a los ciudadanos, como (siempre conforme a la Constitución italiana) el derecho de residencia y circulación en el territorio nacional, los de reunión y asociación, el derecho al trabajo, el derecho a la subsistencia y a la asistencia de quien es inhábil para el trabajo; los *derechos civiles*, que son los derechos secundarios adscritos a todas las personas humanas capaces de obrar, como la potestad negocial, la libertad contractual, la libertad de elegir y cambiar de trabajo, la libertad de empresa, el derecho de accionar en juicios y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía privada y sobre los que se funda el mercado; los *derechos políticos*, que son, en fin, los derechos secundarios

reservados únicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar, como el derecho de voto, el de sufragio pasivo, el derecho de acceder a los cargos públicos y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía política y sobre los que se fundan la representación y la democracia política".

Prosseguindo, FERRAJOLI é contundente ao afirmar[77]:

"Tanto nuestra definición como la tipología de los derechos fundamentales construida a partir de ella tienen un valor teórico del todo independiente de los sistemas jurídicos concretos e incluso de la experiencia constitucional moderna. En efecto, cualquiera que sea el ordenamiento que se tome en consideración, a partir de él, son 'derechos fundamentales' - según los casos, humanos, públicos, civis y políticos – todos o sólo aquellos que resulten atribuidos universalmente a clases de sujetos determinadas por la identidad de 'persona', 'ciudadano' o 'capaz de obrar'. En este sentido, al menos en Occidente, desde el derecho romano, siempre han existido derechos fundamentales, si bien la mayor parte limitados a clases bastante restringidas de sujetos. Pero han sido siempre las tres identidades – de persona, ciudadano y capaz de obrar – las que han proporcionado, cierto que con la extraordinaria variedad de las discriminaciones de sexo, etnia, religión, censo, clase, educación y nacionalidad con que en cada caso han sido definidas, los parámetros de la inclusión y de la exclusión de los seres humanos entre los titulares de los derechos y, por consiguiente, de su igualdad y desigualdad".

Entre os autores nacionais, PAULO BONAVIDES[78] em trabalhos mais recentes identifica 5 (cinco) gerações, sobre as quais teceremos algumas considerações.

Direitos de primeira geração: São os *direitos da liberdade*, correspondentes à fase inaugural do constitucionalismo – *direitos civis e políticos*. Têm por titular o indivíduo e são oponíveis ao Estado, traduzindo-se como faculdades ou atributos da pessoa. A subjetividade é seu traço característico; enfim,

"são os direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Entram na categoria do *status negativus* da classificação de Jellinek e fazem também ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação

entre a Sociedade e o Estado. Sem o reconhecimento dessa separação, não se pode aquilatar o verdadeiro caráter antiestatal dos direitos da liberdade, conforme tem sido professado com tanto desvelo teórico pelas correntes do pensamento liberal de teor clássico.

São por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõem a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual"[79];

Direitos de segunda geração, segundo as palavras do próprio BONAVIDES,

"merecem um exame mais amplo. Dominam o séc. XX do mesmo modo como os direitos de primeira geração dominaram o século passado. São os *direitos sociais, culturais e econômicos*, bem como os *direitos coletivos ou de coletividades*, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula"[80].

E adiante, invocando a perspectiva histórica, lembra que:

"Da mesma maneira que os de primeira geração, esses direitos foram inicialmente objeto de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e políticas de acentuado cunho ideológico; uma vez proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia (a de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra.

Mas passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.

De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos

processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais"[81];

Direitos de terceira geração: Continuemos com a lição de BONAVIDES:

"Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhes o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

A teoria, com Vasak e outros, já identificou pelo menos cinco direitos da fraternidade, ou seja, da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação"[82].

Em texto que já consta do *Curso*, mas que está no artigo a que estamos fazendo referência, escreve BONAVIDES que:

"a nova universalidade dos direitos fundamentais (...) não exclui os direitos da liberdade, mas primeiro os fortalece com as possibilidades e os pressupostos de melhor concretizá-los mediante a efetiva adoção dos direitos da igualdade e da fraternidade"[83];

Direitos de quarta geração: "A globalização política na esfera da normatividade jurídica – diz BONAVIDES – introduz os direitos de quarta geração que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social". E prossegue:

"São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à

informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência”[84].

Adiante, em palavras que podem ser apontadas como peroração, diz:

“Os direitos da quarta geração não somente culminam a *objetividade* dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem, todavia, removê-la – a *subjetividade* dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão *principal, objetiva e axiológica*, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico.

Daqui se pode, assim, partir para a asserção de que os direitos da segunda, da terceira e da quarta gerações não se interpretam, *concretizam-se*. É na esteira dessa concretização que reside o futuro da globalização política, o seu princípio de legitimidade, a força incorporadora de seus valores de libertação”[85].

Em seu *Curso*, PAULO BONAVIDES não trata de uma *quinta geração* juntamente com as quatro anteriores, mas lhe dedica um capítulo à parte, intitulado de *A quinta geração de Direitos Fundamentais* para ensinar que:

“A paz, até o Congresso Internacional Ibero-Americano de Direito Constitucional de 2006, celebrado em Curitiba, no Paraná,[86] era, nas considerações teóricas da literatura jurídica e nomeadamente da ciência constitucional contemporânea, segundo vimos, um direito quase desconhecido.

Karel Vasak o classificara entre os direitos da fraternidade, fazendo avultar, acima de todos, o direito ao desenvolvimento; o mais característico, portanto, em representar os direitos de terceira geração. Tão característico e idôneo quando a liberdade o fora em relação aos da primeira geração, a igualdade aos da segunda, a democracia aos da quarta, e doravante a paz há de ser com respeito aos da quinta.

(...)

A dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana,

elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos”[87].

Diante dos estudos hoje levados a efeitos sobre o tema aqui analisado, três pontos valem que sejam destacados, a saber:

a) – ao se falar em *Gerações*, o uso da expressão não significa que uma suceda a outra, mas sim que, ao surgimento de *nova geração*, os direitos que a compõem irão adicionar-se às anteriores gerações e seus conteúdos;

b) – dentro da forma como vemos a questão, entendemos que a expressão *Direitos Humanos* deve ser utilizada quando se refere àqueles (direitos) que dizem respeito ao homem enquanto gênero, independente de qualquer sistema jurídico-constitucional;

c) – *Direitos Fundamentais* é expressão que deve ser corretamente utilizada, quando nos referimos aos *Direitos Humanos* inseridos em uma posição de destaque em um determinado sistema constitucional. Em outras palavras: se a Constituição é a Lei Fundamental e consagra Direitos, estes devem ser denominados *Direitos Fundamentais*, independentemente da *Geração* a que pertençam.

Destes pontos surgem consequências que não podem ser esquecidas. Assim, um determinado *Direito Humano* por excelência, como o é o *Direito à vida*, não é, entretanto, *Direito Fundamental* naqueles sistemas (como os de alguns Estados da Federação Americana, por exemplo) nos quais se admite a pena de morte, donde se conclui que, nem sempre, os *Direitos Fundamentais* inseridos em um determinado sistema constitucional abarcam todos os denominados *Direitos Humanos*, o que se explica em razão da *Ideologia Constitucional* que informa os diversos sistemas constitucionais. Neste sentido, é a correta lição de BOBBIO quando observa que ‘o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*’. Trata-se de um problema não filosófico, mas político’’[88].

5. Os *Direitos e Garantias* no Direito Constitucional Contemporâneo: breves notas

A afirmativa que fizemos de que nem sempre os *Direitos Fundamentais* inseridos em um determinado sistema constitucional coincidem com os

Direitos Humanos se explica em razão da *Ideologia Constitucional* que informa os diversos *sistemas constitucionais*[89].

Insistimos várias vezes na denominada *inalienabilidade dos direitos humanos,* pelo que cabe uma indagação: *haverá esta inalienabilidade em nível de todos sistemas jurídicos,* sobretudo, naqueles que se encontram fundamentados em *aspectos religiosos* (modelo islâmico, por exemplo), ou *esta inalienabilidade* seria peculiar ao denominado *Direito Ocidental*?

Vale recordar que sempre deverá haver relação entre a *Constituição Jurídica* e a *realidade social em sentido amplo*, englobando esta os aspectos políticos, econômicos, religiosos e culturais que são diferenciados de sociedade para sociedade, o que nos leva ao fenômeno do *Multiculturalismo,* tema analisado por ÂNGELA KRETSCHMANN no livro *Universalidade dos Direitos Humanos e Diálogo na Complexidade de um Mundo Multicivilizacional*[90].

Para responder a indagação formulada, comecemos estas *breves notas*[91] sobre a aplicação dos *Direitos Humanos* em nível de Direito Positivo pelos *sistemas de fundamentação religiosa,* especialmente o muçulmano[92], após o que abordaremos alguns dos principais modelos constitucionais contemporâneos (ditos *laicos*) e a forma como o tema é por eles tratado.

Sobre o tema, verificar os ensinamentos de JOÃO SILVA DE SOUSA no livro *Religião e Direito no Alcorão*[93] quando, inicialmente, escreve que:

> "incorreríamos em falta, se não lembrássemos que o direito muçulmano não é, como na maioria dos outros, um sector distinto. Ele forma tão somente uma das faces da religião do Islão. Por um lado, esta comporta uma teologia que estabelece as regras e institui tudo aquilo em que o muçulmano pode e deve acreditar; por outro, ele é o *char'* ou *chari'a*, o caminho a seguir, a via única e determinada, constituindo o que nós denominamos por direito muçulmano.
>
> Assim todo o muçulmano fica inteirado, segundo a religião, de como deve comportar-se, sem que necessário seja fazer distinção entre as duas obrigações para com os seus iguais – obrigações civis, de esmola – e as que têm de ter para com Deus: a oração, o jejum, a peregrinação...
>
> O direito muçulmano preocupa-se com a sanção das normas que fixa. Eis o motivo próximo que traduz o facto de o direito do Islão ser somente aplicado nas relações entre muçulmanos; o princípio religioso sobre o

qual assenta torna-se inoperante, inaplicável, quanto a professos de outras religiões.

Assistimos, então, aos juristas e teólogos muçulmanos elaborarem, baseados no fundamento da Revelação Divina, um direito completo, cheio de pormenores, o direito que assenta numa sociedade teocrática, na qual o Estado não tem valor a não ser como servidor da religião revelada"[94].

CHANDRA MUZAFFAR, em estudo específico e intitulado *Islã e Direitos Humanos*[95], ao tratar do *primado do Direito*, afirma:

"pode-se dizer que algumas das principais ideias associadas à democracia e aos direitos humanos estão em harmonia com o pensamento islâmico. O primado do direito, um princípio fundamental do sistema democrático, é crucial para a jurisprudência islâmica. Há séculos, o islã reconheceu que todas as decisões, atos e procedimentos das autoridades públicas, 'em qualquer nível, não serão válidas a menos que estejam de acordo com a lei'. Obviamente, isso está ligado ao conceito de 'devido processo legal'. Como em qualquer sociedade baseada em normas e procedimentos democráticos, a lei islâmica declara que 'não se pode privar um homem de sua vida, liberdade ou propriedade, exceto através do devido processo legal'.

A lei islâmica também defende com firmeza um processo judicial justo e equitativo, um conceito que tem suas razões no próprio Corão, a fonte máxima de orientação para o muçulmano, pois essas escrituras dão muita ênfase ao julgamento realizado entre pessoas, de forma justa e igualitária. Diz, por exemplo: 'sede firmes em observardes a justiça, atuando como testemunhas, por amor a Deus, ainda que o testemunho seja contra vós mesmos, contra os vossos pais ou contra os vossos parentes, seja o acusado rico ou pobre, porque a Deus incumbe protegê-los. Portanto, não sigais os vossos caprichos, para não serdes injustos; e se falseardes o vosso testemunho ou vos recusardes a prestá-lo, sabei que Deus está bem inteirado de tudo quanto fazeis'. Este conceito de justiça e equidade foi o que inspirou o famoso califa Ali Ibn Talib a aconselhar os juízes que 'quando a verdade for apresentada, julgassem sem receio, preferências ou preconceitos'. Igualmente importante, ele visualizava um judiciário que estivesse 'acima de todo tipo de pressão ou influência, receio ou

preferência, intriga ou corrupção do executivo'. Essa foi uma das primeiras declarações feitas na história, por um chefe de estado, sobre a importância de um judiciário independente. A importância do princípio é tamanha, que muitos juízes na história muçulmana estavam preparados para morrer, ser torturados ou perder seus cargos para não sacrificar sua independência.

O islã, desde o início, também limitava o poder dos governantes. A limitação da autoridade do estado é mais uma norma democrática. Na jurisprudência islâmica o poder político deve ser exercido no âmbito da *Shariah* (a lei suprema da comunidade muçulmana), o que significa que o governante deve estar subordinado às leis, aos valores e aos princípios da religião" – conclui CHANDRA MUZAFFAR.

Mais adiante, o autor analisa os *Direitos Econômicos, Direitos Sociais e Civis, Direitos Políticos* e, finalmente, *Direito à vida*[96].

Em relação aos *Direitos Econômicos* afirma: "Independentemente de alguns destes princípios, comparáveis aos conceitos básicos da democracia, o islã também corporifica direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos semelhantes àqueles contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e em outras declarações e convenções das Nações Unidas[97]. O Corão, por exemplo, confere aos pobres um direito automático à riqueza da comunidade através da instituição da *zakat* (um imposto sobre a riqueza, que deve ser pago por todo muçulmano de posses). (...) Como dito no Corão: 'e em sua riqueza, há um direito reconhecido para os necessitados e destituídos'.

Muitos outros direitos econômicos são garantidos pelo islã, particularmente para os pobres e desamparados. Todas as pessoas, por exemplo, devem ter acesso 'às necessidades básicas de alimentação, vestuário, moradia, educação e saúde, independentemente de sua idade, sexo, cor ou religião'. Ao mesmo tempo, 'todo trabalhador tem direito a uma remuneração justa por seu trabalho. Não deverá haver discriminação de raça, cor, religião ou sexo'. É obrigação da comunidade prover a seguridade social àqueles que não têm condições de se manter em função de algum tipo de incapacidade temporária ou permanente"[98].

No que pese já ir longa a citação, indispensável é que continuemos com a lição de CHANDRA MUZAFFAR, agora tratando dos *Direitos Sociais e Civis*:

> "Assim como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o islã reconhece o direito à formação de uma família, à privacidade, à liberdade de movimento e residência, ao uso do próprio idioma, à prática da própria cultura e à liberdade de religião. A Declaração Universal Islâmica dos Direitos Humanos, por exemplo, um documento formulado por um grupo de estudiosos islâmicos em 1981, com base nos valores e princípios do Corão e da *Sunnah* (a vida do profeta Maomé), declara, de forma inequívoca, que 'todas as pessoas têm direito à liberdade de consciência e culto, de acordo com suas crenças religiosas'. Este artigo da declaração foi, sem sombra de dúvida, influenciado pela injunção corânica de que não deve existir qualquer coerção religiosa"[99].

Referindo-se aos *Direitos Políticos* escreve:

> "A partir do Corão, os juristas e filósofos muçulmanos também desenvolveram uma ampla gama de direitos políticos, reconhecendo que 'todos os indivíduos e todos os povos têm o direito inalienável à liberdade em todas as suas formas, física, cultural, econômica e política, e devem ter direito a lutar, de todas as maneiras, contra qualquer violação ou supressão deste direito; e qualquer indivíduo ou povo oprimido tem direito legítimo ao apoio de outros indivíduos e/ou povos em sua luta'. Mais especificamente, o islã deixa claro que 'é direito e dever de todo muçulmano protestar e lutar (dentro dos limites estabelecidos pela lei – *Shariah*) contra a opressão, mesmo que isso implique um desafio às mais elevadas autoridades do estado'. O direito a protestar está vinculado ao direito que cada um tem de 'participar individual e coletivamente na vida religiosa, social, cultural e política de sua comunidade, e estabelecer instituições e organismos voltados a prescrever o que é correto (*ma'roof*) e a impedir o que é errado (*munkar*)'"[100].

Finalmente, e diretamente se referindo ao *Direito à vida*, leciona CHANDRA MUZAFFAR:

> "Mais do que qualquer direito político, civil, social, cultural ou econômico, a vida é considerada pelo islã como sendo o direito supremo.

A vida humana, observa a declaração universal islâmica, ‘é sagrada e inviolável, e não se devem medir esforços para protegê-la’. Igualmente importante, o documento aponta para o fato de que, ‘assim como na vida, na morte, a santidade do corpo de uma pessoa deve ser inviolável. É obrigação dos fiéis garantir que o corpo de uma pessoa falecida seja tratado com a devida solenidade’. Nesse caso, a concepção islâmica de direito vai além daquilo que está contido nas diversas declarações e convenções internacionais.

Contudo, não é apenas em seu caráter abrangente que o islã vai além das diversas declarações e convenções internacionais dos direitos humanos. O islã é mais do que direitos humanos; o Corão, por exemplo, trata também das responsabilidades, dos relacionamentos e dos papéis do ser humano”[101].

Estudando *Outras religiões e outras áreas civilizadas,* JORGE MIRANDA escreve:

“Se o Cristianismo professa, embora historicamente com hiatos e desvios, o princípio da autonomia (ao menos, relativa) do temporal em relação ao espiritual e hoje, mais ou menos claramente, a regra de que cabe aos leigos (e não aos clérigos) agir na construção política, o Islamismo – a outra grande religião monoteísta presente um pouco por toda a parte – reitera uma visão oposta, uma visão de integração das duas esferas.

No Islamismo não é possível separar o temporal do espiritual, o jurídico do moral, a comunidade política da comunidade religiosa, os direitos do homem da lei divina. Não se trata de organizar o poder, trata-se também de incrementar a virtude. O poder islâmico é tanto um poder político como religioso, é um poder em que se combinam teocracia e democracia – teocracia, porque assente na soberania de Deus, e democracia, porque o direito de governar não tem sentido senão no âmbito da comunidade e da vontade dos crentes.

O Islão proclama a dignidade inerente a todos os homens e a unidade entre eles, reforçada pela relação com Deus; acredita na dimensão social da vida humana; demonstra uma particular sensibilidade perante o direito à honra, o direito de desobediência à lei injusta e a igualdade económica; procura realizar a justiça distributiva; e respeita as minorias étnicas e religiosas. *Todavia, não confere os mesmos direitos aos homens e às*

mulheres, bem como aos muçulmanos e aos não muçulmanos, nem admite liberdade fora do contexto da comunidade religiosa e política.

Daqui a não identificação das concepções islâmicas com as concepções ocidentais, consideradas individualistas e profanas; e isto manifesta-se inequivocamente quer nas Constituições dos vários Estados actuais de religião oficial muçulmana (desde a Arábia Saudita ao Irã fundamentalista) quer na *Declaração Islâmica Universal dos Direitos do Homem*"[102].

JÚLIO MARINO DE CARVALHO (*Os Direitos Humanos no Tempo e no Espaço*)[103], por sua vez, depois de apresentar "de modo resumido os pontos mais interessantes que compõem o projeto de declaração para uma carta árabe de direitos do homem", observa que (aquela):

"se apresenta uma carta de intenções, muito bem delineada, mas que terá ainda, em ocasião oportuna, de transpor os sombrios territórios dos dogmas religiosos e de milenários preconceitos consuetudinários, muito especialmente no referente à equiparação dos sexos e o direito de família"[104].

Passemos aos denominados *sistemas jurídicos laicos ou profanos*[105], valendo recordar, de logo, que os sistemas constitucionais contemporâneos têm passado por três fases, a saber: *a*) – *fase liberal*; *b*) - *fase social;* e *c*) - *fase neoliberal* (esta representando uma tentativa de volta ao modelo liberal)[106].

Original tratamento (e por isto vem mencionado em primeiro lugar, sem considerar o *aspecto cronológico*) é dado pela *Constituição Francesa de 1958* aos *Direitos do Homem*, sobretudo, àqueles oriundos da Declaração de 1789 aprovados pela Assembleia Constituinte da França, no auge da Revolução, e cujos precedentes remontam aos séculos XVII e XVIII, época em que vários documentos ingleses vieram completar a *Magna Carta*, podendo-se citar a *Petition of Rights*, o *Habeas Corpus Act*, o *Bill of Rights*, a *Constituição de Rhode Island* (1663), em que se consagrava a liberdade de religião (nem a Inglaterra a tinha!) e a *Constituição dos Estados Unidos da América do Norte* (1787).

Neste sentido, em seu *Préambule*, prescreve a Constituição Francesa:

"*Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits*

de l´homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu´ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946”.

É válido lembrar que o texto de 1789 compunha-se de 17 *articles*, aos quais o *préambule de 27 octobre 1946* adicionou um texto ao qual se poderia observar que traz a característica de uma atualização diante do novo momento histórico, aderindo aos hoje denominados *direitos sociais*.

Desta forma, em vez de dedicar ao tema um *Título* ou *Capítulo*, o próprio Preâmbulo da Constituição de 1958 determina a *incorporação* dos dois documentos mencionados (Declaração de 1789 e o Preâmbulo de 1946) ao seu texto, sem dúvida, por meio de uma técnica legislativa que chama a atenção dos estudiosos do *Direito Comparado*[107].

Com o início do *modelo constitucional contemporâneo*, sem dúvida alguma que a Itália, com a *Constituição de 1947*, aparece como um novo paradigma, resultante de uma evolução histórica que pode ser apresentada sob a seguinte periodização:

1ª Fase: início da vida constitucional italiana, com a outorga do *Estatuto Albertino*, 4 de março de 1848. Por ele, o Estado era um Governo Monárquico Representativo, no qual o Rei reinava assistido por duas Câmaras, confiava a Função Jurisdicional aos Tribunais e governava através de Ministros.

2ª Fase: com a chegada e o posterior consolidamento do regime fascista, respectivamente em outubro de 1922 e dezembro de 1925. Houve a instauração de um regime autoritário e totalitário derivado da criação da figura do Chefe de Governo a quem era atribuído determinar a direção geral do Governo, com responsabilidade perante o Rei.

3ª Fase: com a queda do regime fascista em 25 de julho de 1943, e com a nomeação, pelo Rei, de um novo governo de técnicos civis que desmantelou, de logo, grande parte do sistema constitucional fascista, foi convocada uma Assembleia Constituinte, eleita a 2 de junho de 1946 (data da Proclamação da República), a qual iniciou seus trabalhos em 25 do mesmo mês e os concluiu em dezembro de 1947.

Esta Constituinte teve dois períodos: no primeiro, durante um semestre, funcionou através da denominada *Comissão dos 75*; no segundo, que durou cerca de dez meses, realizaram-se as discussões públicas da Assembleia.

4ª Fase: inicia-se com a entrada em vigor da Constituição em 1º de

janeiro de 1948.

Referindo-se ao texto de 1948, GIANCARLO OSPITALI, em seus *Elementi di Diritto Pubblico*[108], escreve que:

> "a differenza dello Statuto Albertino, che era una carta costituzionalize *octroyé*, vale a dire concessa, cioè emanata unilateralmente dal Capo dello Stato, e *flessibile*, cioè modificable con legge ordinaria, l'attuale Costituzione italiana è una costituzione *votata*, cioè non proveniente da un atto di concessione del Capo dello Stato, ma de una votazione del Parlamento (più precisamente dell'Assemblea Costituente), e *rigida*, cioè modificabile non con una procedura di legge ordinaria, ma con una procedura di legge speciale, cioè leggi costituzionale"[109].

No tocante, especificamente, ao nosso tema atual, pode-se afirmar sobre o atual texto constitucional italiano, que ele adere a uma nova concepção das *Liberdades Públicas*, com a *Constitucionalização dos direitos sociais e econômicos*[110], sendo de observar-se a lição de BALLADORE PALLIERI[111] ao escrever:

> "Diversas correntes políticas influíram sobre o constituinte italiano: antes de tudo se nota o influxo da *doutrina liberal*, que se manifesta vigorosamente em todos os aspectos relativos à liberdade e à conduta dos indivíduos na vida espiritual, cultural, familiar. Diametralmente oposta, é a solução adotada em matéria econômica, na qual, segundo a Constituição, os interesses individuais e privados cedem ante os sociais e coletivos, exteriorizando, assim, um *critério socialista*".

Sob o ângulo formal, a *Costituzione della Repubblica Italiana*[112] traz uma inovação que foi seguida por quase todos os modelos que lhe seguiram, ou seja, abre seu texto com o que denomina *Principi Fondamentali* para, logo após, em sua Parte I, consagrar os *Diritti e Doveri dei Cittadini*, a qual se desdobra em 4 títulos, a saber: Titolo I – *Rappoti Civili* (arts. 13 a 28), Titolo II – *Rapporti Etico-Sociali* (arts. 29 a 34), Titolo III – *Rapporti Economici* (arts. 35 a 47) e, finalmente, o Titolo IV – *Rapporti Politici* (arts. 48 a 54).

Na obra coletiva *Stato della Costituzione*, sob a coordenação de GUIDO NEPPI MODONA[113], depois de se fazer referência à "tradizione costituzionale dell'Occidente", especialmente aos precedentes históricos

ingleses, americanos e franceses, afirma-se:

> “Conformemente a questa tradizione, la Costituzione italiana dedica largo spazio alla proclamazione e alla disciplina del diritti di libertà. Ma mentre i testi costituzionali prima citati e quelli che si sono succeduti lungo tutto il secolo scorso si limitavano alla proclamazione delle *libertà negativa* (le classiche libertà civili attraverso le quali il citadino rivendica una sfera di autonomia, in linea di principio intangibile dallo Stato), la nostra Costituzione riconosce e tutela ampiamente, como si vedrà più otre, anche i *diritti socialli*, cioè quelle situazioni di pretesa del cittadino a determinate prestazioni da parte dello Stato”.

Na verdade, é de notar-se que a Constituição italiana considera o indivíduo não só isoladamente, mas, igualmente, no tocante ao desenvolvimento de sua personalidade, ou seja, no seio da família, escola, empresa, comunidade religiosa e associações laicas, sendo que, no campo econômico, o contido no art. 41 da Constituição se encontra subordinado a outros valores constitucionalmente prevalentes, a saber: o trabalho, a segurança, a liberdade e a dignidade humana.

Neste sentido, determina textualmente o mencionado artigo 41 da Constituição:

> “Art. 41 - L’iniziativa economica privata è libera.
>
> Non può svolgersi in contrasto com l’utilità sociale o in modo de recare alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.
>
> La legge determina i programmi e i controlli opportuni perchè l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”.

Finalmente, observe que as *relações econômicas* na Constituição compreendem, essencialmente, a disciplina de toda atividade laboral, seja subordinada ou autônoma, mas também o regime da propriedade dos bens de consumo e produção[114].

Outro modelo que merece referência, dentre os atuais, é aquele representado pela *Constituição Portuguesa de 1976* e suas revisões, com a redação dada pela Lei Constitucional n. 1/2004, de 24 de julho de 2004.

Depois de enumerar *Princípios Fundamentais*, a Constituição lusa, em sua Parte I, refere-se aos *Direitos e Deveres Fundamentais,* consagrando

(arts. 12º a 23) o Princípio da Universalidade, como se vê:

Artigo 12º – (*Princípio da Universalidade*)

"1. Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição.

2. As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza".

O Título II (*Direitos, liberdades e garantias*) é formado por 3 capítulos, assim distribuídos: Capítulo I – *Direitos, liberdades e garantias pessoais*; Capítulo II – *Direitos, liberdades e garantias de participação política*; Capítulo III – *Direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores*.

O Título III (*Direitos e deveres económicos, sociais e culturais*), por sua vez, é formado, igualmente, por 3 capítulos: Capítulo I – *Direitos e deveres económicos*; Capítulo II – *Direitos e deveres sociais*; Capítulo III – *Direitos e deveres culturais*.

Vale recordar que a Constituição Portuguesa, a exemplo do que iria ocorrer anos depois com a Constituição Brasileira, não limita os *Direitos Fundamentais* àqueles que se encontram enumerados em seu texto. Neste sentido, prescreve em seu *art. 16º* (*Âmbito e sentido dos direitos fundamentais*):

> "1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.
>
> 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem".

Analisando o mencionado artigo, observa JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE (*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*)[115] que:

> "daqui se depreende que é possível a existência de outros ´direitos fundamentais´ em leis ordinárias ou em normas internacionais; e ainda que pode haver direitos previstos em outras partes da Constituição que devam ser considerados fundamentais.
>
> A letra do artigo não é, por si só, muito clara, mas esta interpretação é confirmada pela história do preceito.

Uma disposição deste teor não é, de facto, uma novidade desta nossa Constituição, bem pelo contrário, parece até inserir-se um pouco mecanicamente numa tradição que vem desde 1911 e que no direito estrangeiro se pode fazer recuar à primeira série de emendas (1789-1791) à Constituição dos EUA. Embora o preceito americano tenha uma história muito própria, parece-nos que os preceitos deste tipo só se explicam razoavelmente se se entenderem referidos a outros *direitos fundamentais*. De início, com base porventura na ideia de que a Constituição não criava esses direitos, apenas os reconhecia, pelo que se acautelavam os cidadãos, afirmando expressamente a não inclusão de alguns direitos no catálogo não determinaria a exclusão deles – revelar-se-ia aqui ainda o peso do jusnaturalismo moderno".

JORGE MIRANDA[116], depois de afirmar que (a Parte I) "não esgota, no entanto, a matéria e nem sequer a enumeração dos direitos fundamentais", afirma:

"Em primeiro lugar, porque – sem esquecer o Preâmbulo e os 'Princípios Fundamentais' – preceitos dispersos na parte II, na parte III e nas disposições finais e transitórias, em conexão com outras matérias, preveem outros direitos ou revelam mais ou menos directamente para o exercício dos direitos ali contemplados.

Em segundo lugar, porque o art. 16º, n. 2, mandando interpretar e integrar os preceitos constitucionais e legais respeitantes aos direitos fundamentais pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, procede à sua recepção formal como conjunto de princípios gerais de Direito Internacional elevados a princípios de Direito constitucional português.

Em terceiro lugar, porque o art. 16º, n. 1, estatui que os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de Direito Internacional; e o art. 32º, n. 1, quanto às garantias de processo penal, e o art. 269º, n. 2, quanto aos direitos políticos, inculcam que há direitos para além dos previstos na Constituição".

Finalmente, segundo J. J. GOMES CANOTILHO[117]:

"os traços caracterizadores deste *regime próprio dos direitos, liberdades e garantias* são os seguintes:

– aplicabilidade directa das normas que os reconhecem, consagram ou garantem (art. 18º / 1);
– vinculatividade de entidades públicas e privadas (art. 18º / 1);
– reserva de lei para a sua restrição (art. 18º / 2 e 168º / 1 / *b*);
– princípio da autorização constitucional expressa para a sua restrição (art. 18º / 2);
– princípio da proporcionalidade como princípio informador das leis restritivas (art. 18º / 2);
– princípio da generalidade e abstracção das leis restritivas (art. 18º / 3);
– princípio da não retroactividade de leis restritivas (art. 18º / 3);
– princípio da salvaguarda do núcleo essencial (art. 18º / 3);
– limitação da possibilidade de suspensão nos casos de estado de sítio e estado de emergência (art. 19º / 1);
– garantia do direito de resistência (art. 21º);
– garantia da responsabilidade do Estado e demais entidades públicas (art. 22º);
– garantia perante o exercício da acção penal e da adopção de medidas de polícia (art. 272º / 3);
– garantia contra 'leis de revisão' restritivas do seu conteúdo (art. 288º / *d*)"[118].

Por fim, a *Constituição Espanhola de 1978* trata da matéria em seu Título I (*De los derechos y deberes fundamentales* – art. 10), da seguinte forma:

Cap. I – De los españoles y los extranjeros (arts. 11-13);
Cap. II – Derechos y Libertades (art. 14);
Sec. 1ª – De los derechos fundamentales y de las libertades públicas (arts. 15-29);
Sec. 2ª – De los derechos y deberes de los ciudadanos (arts. 30-38);
Cap. III – De los principios rectores de la política social y económica (arts. 39-52);
Cap. IV – De las garantias de las libertades y derechos fundamentales (arts. 53-54);
Cap. V – De la suspensión de los derechos y libertades (art. 55).

Em seu *Curso de Derecho Constitucional*[119], JAVIER PEREZ ROYO é bastante crítico ao analisar a *Naturaleza y Estatuto Constitucional de los*

Derechos, Deberes y Libertades del Título Primero de la Constitución, oportunidade em que afirma:

> "aunque el Título Primero de la Constitución lleva por rúbrica 'De los Derechos y Deberes Fundamentales', ni todo lo que en él se contiene son derechos y deberes fundamentales, ni todos los derechos que sí son fundamentales tienen el mismo estatuto constitucional. Es necesario, en consecuencia, proceder a una operación de *deslinde* dentro del Título Primero, a fim de identificar con la mayor precisión posible cuál es la naturaleza y el estatuto constitucional de cada uno de los derechos, deberes y libertades que en él se contienen, ya que, de lo contrario, no podremos saber de qué estamos hablando cuando analicemos cada uno de tales derechos, deberes y libertades incluídos en la Constitución".

Em seguida, depois de referir-se, textualmente, à enumeração dos capítulos e seções que formam o Título I, escreve:

> "Como puede verse, no hay coincidencia ni en los conceptos utilizados por el constituyente ni en el orden de su combinación en la rúbrica de ninguno de los Capítulos. En algunos casos el adjetivo 'fundamentales' se utiliza para calificar únicamente algunos derechos, como en la rúbrica de la Sección Primera del Capítulo II; en otros, por el contrario, se utiliza con un alcance mucho más amplio, como ocurre en el Capítulo IV, en el que se hace referencia en el articulado no sólo a los derechos y libertades de la Sección Primera, sino también a los de la Segunda e incluso a los llamados 'principios rectores de política social y económica' del Capítulo III. Se impone, en consecuencia, un trabajo de interpretación para saber qué es lo que se ha querido decir y qué alcance tienen los conceptos utilizados en cada caso"[120].

6. O *Direito Constitucional Processual* (Teoria Constitucional do Processo) e o *Direito Processual Constitucional*

Ao estudarem-se atualmente os *Direitos Fundamentais*, a grande preocupação já não é com sua fundamentação e/ou justificativa filosóficas, mas sim, com a sua *efetividade* e *concreção*, sobretudo, para que se evite

que eles fiquem como simples promessa ou adorno de um aparente *Estado Democrático de Direito*.

Para tanto, cumpre-nos trazer algumas palavras a *Jurisdição Constitucional* e sua competência para conhecer e julgar os *Processos Constitucionais*, assim entendidos em razão da *matéria* e da *competência,* sendo necessário que se discutam, inicialmente, as expressões *Direito Constitucional Processual* e *Direito Processual Constitucional,* fixando-se, corretamente, o âmbito de aplicação de cada uma delas, tomando por base texto de nossa autoria publicado na obra coletiva *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*[121].

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, em estudo pioneiro intitulado *Processo Constitucional*[122], ensina que:

> "a aproximação entre Constituição e Processo gera o surgimento do Direito Constitucional Processual ou Direito Processual Constitucional, como preferem outros: 'a condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo toma o nome de Direito Processual Constitucional'.
>
> Não se trata de um ramo autônomo do Direito Processual, mas sim de uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição.
>
> O direito processual constitucional abrange, de um lado, a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; de outro lado, a jurisdição constitucional.
>
> A tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária corresponde às normas constitucionais sobre os órgãos da jurisdição, sua competência e suas garantias. A tutela constitucional do processo engloba o direito de ação e de defesa[123] e outros postulados que desses decorrem.
>
> A jurisdição constitucional compreende, por sua vez, o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da administração, bem como a denominada jurisdição constitucional das liberdades, com o uso dos remédios constitucionais-processuais: o *habeas corpus, o mandado de segurança* e a *ação popular*" – conclui BARACHO[124].

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE (*Derecho Procesal*

Constitucional[125]) ao analisar *Las Inevitables Limitaciones* observa que:

> "los problemas teóricos de una disciplina, y más aún, si se trata de su naturaleza jurídica, tenemos que abordarlos con cautela, advirtiendo desde el inicio las limitaciones ante las cuales nos encontramos.
>
> Precauciones que, como lo sabe toda persona situada dentro de la familia romano-civilista, vienen de muy antiguo, nada menos que desde Roma, en donde nace el *derecho*, aunque la consolidación sobreviene mucho después, en largo periplo que parte de la Edad Media, y llega al siglo XIX, que es cuando se da su sistematización moderna. Por tanto, con tan vastos conocimientos tenemos que saber por dónde andamos, cuánto avanzamos, o si es que estamos dando vueltas en torno de algo útil. Además, tratándose del derecho procesal – y aquí aceptamos provisionalmente que el derecho procesal constitucional lo es, ya que más adelante lo analizaremos en detalle –, el asunto se complica, pues no obstante que el proceso tiene raíces muy antiguas, su formulación moderna, en el sentido de la autonomía de la acción, se remonta a fines del siglo pasado, por parte de la doctrina alemana, y a su posterior desarrollo y afinamiento, por ella misma y por la doctrina italiana. Esto es, se trata de una disciplina relativamente joven, que aún no ha desarrollado todas sus potencialidades, sobre todo en cuanto al derecho público interno. En consecuencia, un enfoque como el que ahora pretendo, centrado solo en los aspectos principistas o de partida, debe ser consciente de estas limitaciones".

Em seguida, já no item intitulado *El 'nomen iuris'*, GARCÍA BELAUNDE escreve que:

> "podría decirse, teniendo en cuenta los congresos, las numerosas publicaciones, incluso las especializadas (libros y revistas), las mesas redondas, cátedras, etc., que las expresiones que más uso tienen son 'justicia constitucional' y 'jurisdicción constitucional', tomadas generalmente como sinónimas.
>
> Pero es indudable que al hablar de una justicia o de una jurisdicción constitucionales, por la gravitación de las cosas, ello nos lleva a teorizar sobre su contenido, que se da a lo largo de un proceso, y que conduce inevitablemente a un planteo más amplio, abarcador y que da sentido a toda esa actividad. Y eso solo puede ser *el derecho procesal*

constitucional, como rama específica para estudiar la actividad procesal relacionada con la defensa de la Constitución. Así, la aparición de esta nueva disciplina procesal remata el edificio del moderno derecho constitucional que se construye desde hace más de setenta años, es decir, desde los inicios del período de entreguerras. *Si el derecho civil no puede realizarse ni complementarse sino con el derecho procesal civil, en igual forma el derecho procesal constitucional sirve de cierre al edificio del moderno constitucionalismo*.

Pero esta disciplina procesal todavía está en ciernes. Hay dudas sobre su alcance, su contenido y hasta de su utilidad. Estas líneas intentan agregar algo própio que sirva para apuntalar su necesidad y su vigor.

Aceptemos, pues, la expresión 'derecho procesal constitucional', con cargo a mayores precisiones" – conclui o autor peruano[126].

ELVITO A. RODRIGUEZ DOMINGUEZ[127] ao analisar as expressões *Derecho Constitucional Procesal* e *Derecho Procesal Constitucional* afirma que:

"en relación con el Derecho Procesal, las Constituciones tienen dos clases de normas: unas, que se refieren a la estructura del Poder Judicial u órgano jurisdiccional del Estado, su organización, la forma de acceso al cargo, las garantías de que gozan los magistrados, sus responsabilidades, la creación de organismos especiales para la selección y nombramiento de los magistrados, establecimiento de garantías de la administración de justicia que aseguren el debido proceso etc.; y otras cuya finalidad es garantizar el cumplimento de las disposiciones constitucionales atinentes a los derechos de la persona y al cumplimiento de la jerarquía normativa también dispuesta por la Constitución, concediendo acciones para recurrir a los órganos jurisdiccionales para hacer efectivos estos derechos, y que disponen se dicten leyes de procedimiento para canalizar dichas acciones.

El primero grupo de normas sirven de fundamento al Derecho Constitucional Procesal porque se trata de disposiciones que se refieren a la administración de justicia en general. Las segundas, *son normas procesales contenidas en la Constitución cuya finalidad es resolver conflictos en materia constitucional* y que se tramitan en procesos especiales: éstas sirven de fundamento al Derecho Procesal Constitucional".

Mais adiante, depois de afirmar que “es necesario determinar si efectivamente existen estas dos disciplinas, es decir, el Derecho Constitucional Procesal e Derecho Procesal Constitucional”[128], RODRIGUEZ DOMINGUEZ escreve que:

> “la existencia de normas procesales en la Constitución no implica la existencia de un Derecho Procesal Constitucional, estamos todavía en el ámbito del Derecho Constitucional, porque la Constitución es el fundamento del Sistema Jurídico de un Estado. Si esto no fuera así, tendríamos que admitir que también existe un Derecho Civil Constitucional o Derecho del Trabajo Constitucional (la Constitución tiene normas sobre la familia, la propiedad y normas laborales)”[129].

Doutrina ainda que:

> “*en suma, el Derecho Procesal Constitucional se funda en la Constitución, pero no nace de la Constitución, aunque en ésta existan normas de naturaleza procesal. Nace cuando se dictan las normas que regulan los procesos mediante los cuales deben resolverse conflictos de naturaleza constitucional; y la naturaleza constitucional del conflicto se da por la razón de ser de toda Constitución: el mantenimiento del sistema jurídico mediante el respeto de la jerarquía normativa y la protección de los derechos esenciales de la persona”*[130].

Finalmente, RODRIGUEZ DOMINGUEZ conceitua o Direito Processual Constitucional como sendo:

> “aquella disciplina que se ocupa del estudio de las garantías constitucionales, las que consisten en instrumentos procesales que sirven para efectivizar el respeto de la jerarquía normativa que señala la Constitución y el respeto y cumplimiento de los derechos humanos que la Carta Magna establece”[131].

Uma das maiores obras publicadas na Argentina sobre o tema é de autoria de NESTOR PEDRO SAGÜÉS, intitulada *Derecho Procesal Constitucional*[132]. Para ele,

> “el *derecho constitucional procesal*, en síntesis, es un sector del *derecho constitucional* que se ocupa de algunas instituciones procesales reputadas

fundamentales por el constituyente (formal o informal). Entre esas cuestiones procesales pueden mencionarse, por ejemplo, ciertas garantías de una recta administración de justicia (garantías para los jueces, para las partes, formalidades esenciales del procedimiento, etcétera)"[133].

Em relação ao *Derecho Procesal Constitucional*, afirma PEDRO SAGÜÉS que:

"esta rama del mundo jurídico se sitúa en el *derecho procesal*, y atiende a los dispositivos (obviamente jurídicos) procesales destinados a asegurar la supremacía constitucional. El derecho procesal constitucional es, principalmente, el derecho de la *jurisdicción constitucional*, y tiene dos áreas claves: la *magistratura constitucional* y los *procesos constitucionales*"[134].

CÂNDIDO R. DINAMARCO (*A Instrumentalidade do Processo*[135]) doutrina que:

"é natural que, como instrumento, o sistema processual guarde *perene* correspondência com a ordem constitucional a que serve, inclusive acompanhando-a nas mutações por que ela passa. Em princípio, o processo acompanha as opções políticas do constituinte, as grandes linhas ideológicas abrigadas sob o pálio constitucional".

Esta realidade, ou seja, o *conteúdo constitucional-ideológico do processo* na época contemporânea, se reflete, até mesmo, na consagração, por um lado, de *normas constitucionais que visam a garantia processual da própria Constituição*, e por outro, de *garantias constitucionais em relação ao processo e ao procedimento.*

Esta existência de *ações que têm matiz e natureza constitucionais* fizeram surgir, em nível doutrinário e já com extensa bibliografia, o hoje denominado, por alguns, *Direito Constitucional Processual*, enquanto outros preferem a expressão *Direito Processual Constitucional*, chegando PAULO BONAVIDES[136] a escrever que:

"é de assinalar que com a *publicização* do processo, por obra de novas correntes doutrinárias do Direito Processual Contemporâneo, os laços do Direito Constitucional com o Direito Processual se fizeram tão íntimos e apertados, que dessa união parece resultar uma nova disciplina em

gestação: o Direito Processual Constitucional".

Trazida à colação toda a divergência doutrinária que envolve as expressões *Direito Processual Constitucional* e *Direito Constitucional Processual*, enfrentemos uma de natureza epistemológica, ou seja, qual delas é a melhor? E mais: a utilização de uma ou outra expressão implicará que cada uma tenha seu objeto próprio?

Em estudo posterior ao já mencionado *Derecho Procesal Constitucional*, NESTOR PEDRO SAGÜÉS (*Los Desafios del Derecho Procesal Constitucional*[137]), depois de observar que "no es sencillo precisar cuándo nace el Derecho Procesal", aponta que "los antecedentes más lejanos se remontan al interdicto romano '*de homine libero exhibendo*', preludio del '*habeas corpus*' inglés que ya aparece en la Carta Magna (1215)".

Em seguida, tendo feito um levantamento do *Direito Processual Constitucional na América Latina*, reconhece um amplo crescimento do mesmo, tanto em nível de graduação como de pós-graduação, pelo que:

> "la cuestión es, pues, propicia para reflexionar sobre los principales retos que hoy afronta la asignatura", após o que aponta o *desafio espacial* como o principal dos desafios. E escreve: "aludimos aquí al tal vez principal de los retos: el de la superficie que debe cubrir el Derecho Procesal Constitucional. Es el problema de su extensión y contenido, a la vez que de su perímetro y fronteras. Dónde comienza y dónde termina? Cuáles son su perfil y su relieve?"[138]
>
> E prossegue: "Hay en este punto dos posturas claves, cada una con sus variantes:
>
> A) – La versión mínima del *Derecho Procesal Constitucional* lo entiende como una disciplina eminentemente procesal, y la circunscribe a dos temas esenciales: la magistratura constitucional y los procesos constitucionales, que tal vez se podrían sintetizar en uno solo: *la jurisdicción constitucional*[139].
>
> Para esta concepción, el Derecho Procesal Constitucional se ocupa de los órganos y de los procesos que custodian la supremacía de la Constitución. La cuestión parece simple, pero a la postre no lo es.
>
> En los países con control concentrado de constitucionalidad, la temática tiende a estrecharse: la magistratura constitucional sería el Tribunal o Corte Constitucional, y los procesos constitucionales, los diferentes

recursos y trámites que se ventilan ante aquél, en aras de tutelar la supremacía de la Constitución.

Pero en los países con control difuso o desconcentrado, al estilo de los Estados Unidos, resulta que todo juez es, en principio, idóneo para juzgar la inconstitucionalidad de un precepto; y esa inconstitucionalidad puede alegarse también en cualquier proceso. Con ello, la superficie del Derecho Procesal Constitucional sufriría una expansión enorme. Para circunscribirla de algún modo, en estos países se prefiere reservar la expresión 'proceso constitucional' sólo para determinada clase de procesos: los especialmente destinados a tutelar principios, valores o derechos constitucionales, como – por ejemplo – la acción de inconstitucionalidad, el recurso extraordinario (cuando opera como vehículo del control de constitucionalidad), *el habeas corpus*, el amparo o el *habeas data*.

Aun, así, el problema no está de todo resuelto. ¿Qué decir, por ejemplo, de órganos no judiciales que pueden realizar control de constitucionalidad, como por ejemplo el Congreso de los Estados Unidos, cuando una de sus Salas (la de representantes) acusa, y el Senado juzga, en el juicio político (*impeachment*) al Presidente o a otros funcionarios federales? ¿Qué opinar sobre el rol del Parlamento, cuando en muchos países evalúa la validez constitucional de los diplomas de los legisladores que se incorporan al mismo? El acoplamiento o el rechazo de esa magistratura constitucional no judicial al Derecho Procesal Constitucional (y de los consecuentes procesos o trámites) importa un terreno todavía en disputa entre el Derecho Constitucional y la disciplina que nos ocupa"[140].

B) – Pero hay otra región más debatida – prossegue PEDRO SAGÜÉS. Aludimos al *Derecho Constitucional Procesal*, sector del Derecho Constitucional que trata de los *principios constitucionales regulatorios del proceso*[141]. Las reglas de la Constitución concernientes al debido proceso y a la defensa en juicio resultan, a menudo casi confundidas con las normas relativas a los procesos constitucionales. Por ejemplo, la doctrina exclutoria del ´fruto del árbol venenoso' (*fruit of the poisonous tree*)[142], que reputa constitucionalmente inválidas las probanzas obtenidas en un proceso penal a partir de un acto lesivo al debido proceso constitucional, atrae irresistiblemente a los procesalistas constitucionales. Lo mismo ocurre con principios como los de pronta justicia, la

erradicación de las confesiones compulsivas, el derecho del justiciable a ser juzgado por sus jueces naturales y a obtener una sentencia que para que sea constitucional también debe ser razonable, de lo que nace la teoría de las 'sentencias arbitrarias' como opuestas a la Constitución, etcétera[143].

Depois de todas estas considerações, SAGÜÉS, sob a forma conclusiva, afirma: "Claro está que si se añade al Derecho Procesal Constitucional todo el Derecho Constitucional Procesal, esa sumatoria engendra una rama jurídica por cierto inmensa, de contornos imprecisos y con una vocación expansiva preocupante.

En aras de comprender esta situación de indefensión, puede decirse que como disciplina joven que es, el Derecho Procesal Constitucional sufre, al modo de un adolescente, un período de crisis de identidad y de falta de madurez que sólo el tiempo podrá resolver. Corresponde, pues, asumir este reto, y encararlo sin evasivas o negaciones que en nada sirven para superarlo"[144].

No Brasil, a questão vem sendo objeto de reflexões há várias décadas. Assim, para JOSÉ FREDERICO MARQUES[145], "pode-se falar, também em *Direito Processual Constitucional* como o conjunto de preceitos destinados a regular o exercício da jurisdição constitucional, ou seja, a aplicação jurisdicional das normas da Constituição. Ele não se confunde com o *Direito Constitucional Processual* que trata das normas do processo contidas na Constituição".

ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO R. DINAMARCO[146], por sua vez, utilizam-se apenas da expressão *Direito Processual Constitucional*, entendido como:

"a condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo", após o que doutrinam: "Não se trata de um ramo autônomo do direito processual, mas de uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição.

O direito processual constitucional – prosseguem – abrange, de um lado, (a) a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; (b) de outro, a jurisdição constitucional".

Depois de aceitar a posição adotada pelos autores referidos, CÂNDIDO R. DINAMARCO (*A Instrumentalização do Processo*[147]) assume uma posição bastante interessante, ao estabelecer as relações entre processo e Constituição, as quais, em seu entender, revelam:

> "*dois sentidos vetoriais* em que elas se desenvolvem, a saber: a) – no sentido Constituição-processo, tem-se a *tutela constitucional* deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados a nível constitucional; b) – no sentido processo-Constituição, a chamada *jurisdição constitucional*, voltada ao controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos e à preservação de garantias oferecidas pela Constituição ('jurisdição constitucional das liberdades'), mais toda a ideia de instrumentalidade processual em si mesma, que apresenta o processo como sistema estabelecido para a realização da ordem jurídica, constitucional inclusive".

Discutindo as expressões *Direito Constitucional Processual* e *Direito Processual Constitucional*, JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA[148] observa que:

> "apesar de os autores não explicitarem os fundamentos da dualidade de denominações, o que seria indispensável por não se tratar de algo evidente, as razões que lhe estão subjacentes são as seguintes:
>
> *a*) – os que usam a expressão 'Direito Constitucional Processual' fazem-no por entenderem ser esta disciplina constituída de normas *constitucionais* que consagram princípios processuais. O Direito Constitucional processual é assim um conjunto de normas *constitucionais* fixadoras de princípios sobre o processo.
>
> *b*) – por sua vez, os que optam pela expressão 'Direito Processual Constitucional' fazem-no por entenderem ser o mesmo constituído de normas *processuais* embutidas na Constituição. O Direito Processual constitucional é assim composto substancialmente de normas de natureza *processual*, embora formalmente inseridas na Lei Fundamental. É a denominação preferida pela dogmática tradicional".

Adiante, afirma o autor que opta pela expressão 'Direito Constitucional Processual' por entender:

"(a) não ser a Constituição simples receptáculo do existente, mas consagradora de valores e princípios criadores de novas práxis jurídicas e sociais que servem de fundamento de validade e guia hermenêutico de todo o direito" e "(b) ser a denominação 'direito constitucional processual' fundada na hierarquia das normas constitucionais, que é o critério mais correto do ponto de vista lógico e jurídico para classificar, objetivamente, todas as normas do ordenamento, já que separa em classes qualitativamente inconfundíveis, o que não acontece com a outra denominação, cujo critério de classificação é arbitrário, por ser fundado na pretensa natureza da matéria, questão de difícil solução, já que decidir se uma matéria em si mesma é processual ou constitucional depende sempre de opiniões e não de um dado objetivo como é a hierarquia entre normas constitucionais e infracons-titucionais"[149].

Finalmente, arremata:

"no entanto, a expressão 'direito processual constitucional' pode ser conservada para designar as normas que regulam o chamado *processo constitucional*, ou certos institutos de Direito Constitucional, como a ação de inconstitucionalidade, mandado de injunção etc.

A análise das diferentes normas constitucionais que formam o direito constitucional processual mostra que seu conteúdo é constituído, entre outros, pelos seguintes setores constitucionais:

a) – o inteiro capítulo III, título IV, que trata do Poder Judiciário;

b) – o inteiro capítulo IV, título IV, sobre o Ministério Público, Advocacia-Geral da União e Defensoria Pública;

c) – princípios e normas sobre a participação popular na função jurisdicional (art. 5º, XXXVIII, e art. 98);

d) – o princípio do acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV);

e) – princípios e normas que tratam dos poderes-deveres dos juízes e direitos fundamentais das partes no processo (art. 5º, XXXVI a LXVII, entre outros)"[150].

Em livro intitulado *Constitución y Proceso – La Nueva Edad de las Garantías Jurisdiccionales*[151], AUGUSTO MARIO MORELLO escreve que:

“acerca de las fronteras un poco huidizas entre el ‘Derecho Procesal Constitucional’ y el ‘Derecho Constitucional Procesal’, se ha hecho notar el deslinde acordando a la primera de esas disciplinas (dentro de la ciencia del proceso) lo que atañe a la ‘justicia constitucional’, estableciendo instrumentos específicos para la tutela de las disposiciones constitucionales, lo que incluye una jurisdicción especializada como la Corte o el Tribunal constitucional, idea originaria de KELSEN, plasmada en la Constitución austriaca de 1920. Resplandece la ‘jurisdicción constitucional de la libertad’ (CAPPELLETTI) como referida a los mecanismos de tutela de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución: amparo, *habeas corpus*, que deben jugar de una manera directamente operativa y en el tratamiento de los límites de los órganos del Estado y de sus relaciones cuando se suscitan conflictos de poderes. A su vez, contenido del ‘Derecho Constitucional Procesal’ (en la órbita del Derecho Constitucional) son las categorías procesales específicas que se han elevado a normas constitucionales para reforzar en concreto garantías de la audiencia y del debido proceso: el acceso a la justicia, el derecho a la justicia o a la jurisdicción, las garantías del juez natural, independiente, imparcial, inamovible, etc. (acuñadas por COUTURE)”.

Em livro intitulado *O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas*[152], JOSÉ DA SILVA PACHECO escreve que

“quando se fala em direito processual constitucional ou em direito constitucional processual – e de uns tempos para cá vem se falando muito – tem-se em vista uma série de questões, sobre as quais não há, por enquanto, pacífico entendimento.

Pode-se visualizar o assunto sob quatro aspectos: a) – ao se tratar de questão, que se encontra regulada na Constituição, sob a ótica do direito processual, acrescenta-se a este o qualificativo derivado da sua proveniência; b) – ao se cogitar de algo que, embora sendo processual, está na Constituição, que é examinada sob o ângulo constitucional, adiciona-lhe o adjetivo resultante da sua natureza; c) – ao se elucidar matéria processual, que está fora da Constituição, mas ao fazê-lo aplicam-se princípios ou normas constitucionais, o estudo é de direito processual, mas sob influência do princípio constitucional, o que justifica acrescer àquele este qualificativo; d) – ao se aplicarem os conceitos e técnicas processuais aos processos internos previstos na Constituição, como no

caso de processo legislativo, ou do processo na ação direta de inconstitucionalidade, tem-se estudo de direito constitucional processual".

Seguindo, esclarece SILVA PACHECO[153] que:

"em síntese, pode o direito processual constitucional ter em vista:

a) – *os processos de declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de leis ou atos da administração pública*, que, hoje em dia, são previstos em muitas Constituições, mas que pode até não ser, como ocorre nos Estados Unidos, com o *public review*, e que nem por isso deixam de ter conotação constitucional;

b) – *os processos para proteger ou garantir os direitos, liberdades e garantias fundamentais, declarados ou reconhecidos na Constituição*;

c) – *os processos para dar cumprimento às disposições constitucionais*;

d) – *a jurisdição orgânica constitucional*;

e) – *os princípios e normas constitucionais aplicáveis nos diversos processos comuns*;

f) – *os processos para as ações constitucionais típicas"*.

MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA, por sua vez (*Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional – Limites da distinção em face do modelo constitucional brasileiro do controle jurisdicional de constitucionalidade*[154]), escreve:

"o *Direito Constitucional Processual* seria formado a partir dos princípios basilares do 'devido processo' e do 'acesso à justiça', e se desenvolveria através dos princípios constitucionais referentes às partes, ao juiz, ao Ministério Público, enfim, os princípios do contraditório, da ampla defesa, da proibição das provas ilícitas, da publicidade, da fundamentação das decisões, do duplo grau, da efetividade, do juiz natural etc.

Já o *Direito Processual Constitucional* seria formado a partir de normas processuais de organização da Justiça Constitucional e de instrumentos processuais previstos nas Constituições, afetos à 'Garantia da Constituição' e à 'Garantia dos direitos fundamentais', controle de constitucionalidade, solução de conflitos entre os órgãos de cúpula do Estado, resolução de conflitos federativos e regionais, julgamento de agentes políticos, recurso constitucional, '*Habeas Corpus*', 'Amparo', 'Mandado de Segurança', '*Habeas Data*' etc."

Em seguida, de forma correta, observa o autor que:

"esta distinção é problemática à luz de uma teoria constitucional constitucionalmente adequada do Direito brasileiro, pelo menos, pelas seguintes razões:

1) – Por um lado, se o Direito Constitucional é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, posto que estabelece os processos através dos quais todas as demais normas serão produzidas, quer da perspectiva legislativa, quer da perspectiva da aplicação, não há Direito Processual que não deva ser, nesse sentido, 'constitucional';

2) – Por outro lado, no Brasil, apesar de vozes discordantes, o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e dos atos normativos é fundamentalmente difuso e incidental, como exigência constitucional basilar no esteio da melhor tradição democrática e constitucional brasileira.

Assim, no Brasil e cada vez mais em toda parte, a Constituição estabelece um verdadeiro 'Modelo Constitucional do Processo', estruturante do Direito Processual, que não pode ser desconsiderado, sob pena de inconstitucionalidade e até mesmo de descaracterização do instituto do processo enquanto tal"[155].

Em outro estudo, intitulado *Uma Justificação Democrático-Radical da Jurisdição Constitucional Brasileira e a Inconstitucionalidade da Lei Federal n. 9.686/99: um ensaio crítico*[156], ainda MARCELO CATTONI, depois de repetir as mesmas posições já mencionadas, escreve:

> "No Brasil, nosso controle de constitucionalidade pode dar-se como preliminar de mérito em qualquer processo, cível ou penal, de tal forma que todo cidadão tem o direito de se opor ou de arguir uma inconstitucionalidade e todo juiz ou tribunal, da primeira à última instância, não só pode, mas deve, como atividade típica e função intrínseca à jurisdição brasileira, apreciar a constitucionalidade de lei ou ato normativo de qualquer espécie, negando a aplicação de 'comando' eivado de inconstitucionalidade. Nesse sentido é que José Luiz Quadros de Magalhães afirma: 'No Brasil, toda jurisdição é jurisdição constitucional'.
>
> Não estamos em Weimar. A Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Mandado de Segurança, o '*Habeas Corpus*', o Mandado de Injunção nada mais são do que meios processuais especiais, complementares, e, como

tais, devem ser compreendidos como formas de concretização do mais amplo modelo do direito à tutela jurisdicional. A atividade jurisdicional que se desenvolve através deles não cria um ‘estado de exceção’ e nem mesmo o Supremo Tribunal Federal deve assumir o papel de uma corte constitucional kelseniana ou de um presidente do Reich schmitiano. A cidadania não precisa de tutores.

Portanto, não se pode levar tão a sério a distinção entre um Direito Constitucional Processual e um Direito Processual Constitucional, a ponto de se chegar a distinguir o que deve estar intimamente relacionado, Processo e Constituição. *Ainda que se admita a existência de um Processo Constitucional, enquanto disciplina a congregar o estudo de instrumentos especiais e complementares de garantia, no Brasil, qualquer processo é constitucional, quer em razão de sua estrutura e de seus fundamentos, quer pelo fato de garantir as condições institucionais para a problematização e para a resolução de questões constitucionais subjacentes às situações concretas de aplicação do Direito Penal, Civil, Comercial, Administrativo, Tributário etc...*[157]

É preciso pontuar, a distinção entre Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional possui uma história. Ela surge no contexto histórico de criação de uma jurisdição constitucional concentrada.

No Direito tradicional continental europeu, o juiz comum, assim como o cidadão, deve presumir a constitucionalidade dos atos normativos e das leis e guiar-se pelo entendimento da Corte Constitucional. Em termos kelsenianos, o legislativo e a Corte são autorizados a interpretar a Constituição, o cidadão e o juiz comum, não. Questões sobre constitucionalidade ou inconstitucionalidade não devem ser explicitamente tratadas através dos processos comuns e nenhum cidadão pode argui-las (pelo menos no modelo clássico) e nenhum juiz ordinário pode pronunciar-se acerca delas. Como diria Peter Häberle, trata-se de uma ‘sociedade fechada de intérpretes da constituição’. Uma sociedade fechada que criou a doutrina das normas constitucionais programáticas, dos direitos fundamentais em sentido objetivo, que equiparou os direitos a bens negociáveis, que inspirou a doutrina dos escopos metajurídicos do processo, que criou a jurisprudência dos valores.

No Brasil, como nos Estados Unidos, o quadro é outro. Todo cidadão é

intérprete da Constituição, qualquer cidadão tem o direito de desobedecer a comandos estatais inconstitucionais e qualquer juiz deve pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade desses comandos. Não é sem motivo o fato de que para nós, assim como para os norte-americanos, a decisão judicial é declaratória e com efeitos retroativos; a decisão é o resultado do reconhecimento institucional de um direito concreto a desobedecer. Quem desobedece a uma lei por considerá-la inconstitucional não é criminoso; tem razões públicas para isso"[158].

Sem dúvida alguma, em qualquer que seja a perspectiva que se estude o *Processo na Constituição*, o ponto fundamental é a análise do *devido processo legal*, até porque este é princípio fundamental ao denominado *Estado Democrático de Direito*. Neste sentido, referindo-se aos desdobramentos do *devido processo legal*, JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO (*Proceso Constitucional en Brasil*[159]), com base em lição de EDUARDO J. COUTURE, doutrina: "A tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais".

E, mais adiante, prossegue OLIVEIRA BARACHO:

"Entende-se constitucional e processualmente a razoável oportunidade de se fazer valer do direito, para execução de garantias em que: o demandado tenha tido a devida notícia ou citação, que pode ser atual ou implícita; todos devem ter oportunidade adequada para comparecer e expor seus direitos, inclusive o de declará-lo por si próprio; apresentar testemunha, documentos relevantes ou outras provas; o Tribunal, perante o qual os direitos são questionados, deve estar composto de maneira tal que estejam presentes as condições de honestidade e imparcialidade; deve esse Tribunal ser competente para examinar os conflitos constitucionais".

J. J. GOMES CANOTILHO (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*[160]) discute os conceitos de *Direito Processual Constitucional* e de *Direito Constitucional Processual*, além de se referir ao *Direito Processual Judicial.*

Desta forma, o *Direito Processual Constitucional* compreende *dois sentidos*, sendo um *amplo* e outro *restrito*. No primeiro (*sentido amplo*),

"entende-se o conjunto de regras e princípios positivados na Constituição

e noutras fontes de direito (leis, tratados) que regulam os procedimentos juridicamente ordenados à solução de questões de natureza jurídico-constitucional pelo Tribunal Constitucional (cfr. CRP, artigo 221º)".

Em *sentido estrito*, o *Direito Processual Constitucional:*

"tem por objecto o *processo constitucional.* O *processo constitucional* reconduz-se a um complexo de actos e formalidades tendentes à prolacção de uma decisão judicial relativa à conformidade ou desconformidade constitucional de actos normativos públicos. Neste sentido, o processo constitucional é o *processo de fiscalização da inconstitucionalidade* de normas jurídicas (cfr. CRP, artigo 223º/1)"[161].

A seguir, observa GOMES CANOTILHO que o:

"*Direito Processual Constitucional,* seja em sentido amplo seja em sentido restrito, não deve confundir-se com o *Direito Constitucional Processual"*[162].

"Neste sentido, o direito constitucional processual abrange, desde logo, as normas constitucionais atinentes ao processo penal. Alude-se aqui ao *Direito Constitucional Processual Penal* ou *Constituição Processual Penal*. A doutrina refere também o *Direito Constitucional Processual Administrativo* ou *Constituição Processual Administrativa* para dar ordenação ao conjunto de regras e princípios constitucionais processualmente relevantes para o julgamento de litígios respeitantes a relações jurídico-administrativas e fiscais (cfr. sobretudo, o art. 268º da CRP). Na mesma perspectiva, passou também a ganhar foros de cidade o *Direito Constitucional Processual Civil* ou *Constituição Processual Cvil* para exprimir o conjunto de normas constitucionais processualmente relevantes para o julgamento das chamadas causas cíveis ou civis."

"Por outro lado, existem dispersos pela Constituição determinados princípios que, além de serem *Direitos Fundamentais Constitucionais,* 'constituem' também princípios 'constitutivos' de toda a ordem processual"[163].

Finalmente, afirma CANOTILHO que "o Direito Constitucional Processual conforma também o Direito Processual Constitucional. A pluralidade de processos jurisdicionais (penais, civis, administrativos, fiscais) não perturba a existência de um paradigma constitucional

processual informado pelos princípios que se acabam de referir. A existência de um *paradigma processual* na Constituição portuguesa obriga a estudar e a analisar os diferentes processos não apenas na sua configuração concreta dada pela lei ordinária (os códigos processuais ordinários), mas também sob o ângulo da sua conformidade com as normas constitucionais respeitantes às dimensões processuais das várias jurisdições. O direito processual constitucional estará também, nesta medida, vinculado ao paradigma constitucional do processo"[164].

Interessante na posição do constitucionalista português é a referência que faz ao *Direito Constitucional Judicial* ao escrever: "não se deve confundir Direito Processual Constitucional com *Direito Constitucional Judicial.* Embora haja muitos pontos de contactos, os dois têm objectos diferentes. O Direito Constitucional Judicial é constituído pelo conjunto de regras e princípios que regulam a posição jurídico-constitucional, as tarefas, o *status* dos magistrados, as competências e a organização dos tribunais"[165].

Analisando *o Direito Constitucional Processual e a supremacia da sua autossuficiência*[166], NETÔNIO B. MACHADO observa que:

"impende, pois, distinguir entre Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional: enquanto este último é processual constitucional porque o Texto Fundamental possibilita o pronunciamento do judiciário, aquel'outro é constitucional processual na medida em que é alçado à condição de garantia fundamental de direitos, assimilando a Constituição como um sistema aberto de regras e princípios dirigidos a valores ali consagrados e que devem ser maximizados pelo operador do Direito, construindo os caminhos para tanto sob o balizamento exclusivo da Magna Carta, com o fim supremo de concretizar sua vontade, só por ela regrada.

Se é verdade que, como regra, o processo (qualquer processo, geral ou constitucional) é instrumentalizador da realização de um direito material (geral ou constitucional), também é verdade que alguns processos do direito constitucional encerram em si mesmos um cerne de conhecimento, de materialidade, de garantia.

Em tais hipóteses, o processo constitucional reveste-se de autonomia e esta se hierarquiza na majestade da própria supremacia da Constituição

para a tutela básica de direitos subjetivos fundamentais, sem perder de vista os princípios gerais de direito processual, desde que não comprometam o fim superior dessa categoria de processo constitucional, pois os quadros do Estado de Direito não foram plasmados por diletantismos mas para, entre outros fins, a concretização dos direitos fundamentais prefigurados na Constituição, vistos e trabalhados sob uma pauta de otimização" – conclui NETÔNIO MACHADO.

Depois de demonstrada esta ascensão da matéria processual para o nível constitucional e suas repercussões terminológicas, cumpre-nos fazer referência ao artigo de JOÃO BATISTA LOPES (*Efetividade da Tutela Jurisdicional à Luz da Constitucionalização do Processo Civil*[167]), no qual escreve:

"Que sentido, porém, se deve emprestar à locução *Constitucionalização do processo civil*?

A primeira impressão que se colhe é a de que se cuidaria de nova disciplina jurídica, a par de tantas já existentes em nossas grades curriculares.

Tal orientação é admissível, inquestionavelmente, mas é possível analisar a questão sob outra perspectiva, isto é, de que a constitucionalização do processo signifique apenas um método de trabalho, uma nova postura do processualista: estudar o processo civil com os olhos voltados para a Constituição. Esse método de estudo tem como ponto de partida e de chegada a própria Constituição Federal, mas não pode ignorar, à evidência, os princípios e regras do Direito Processual Civil. Não se trata, pois, de esvaziar o Direito Processual Civil, mas de estudá-lo à luz da Constituição para fazer atuar concretamente os valores da ordem jurídica"[168].

Por fim, vale observar que para HÉCTOR FIX-ZAMUDIO[169] são quatro os setores dentro desta nova disciplina, a saber: 1) – Jurisdição; 2) – Garantias Judiciais; 3) – Garantias das Partes e 4) – Formalidades essenciais do procedimento.

Dissemos no início deste item que a preocupação atual dos estudos sobre Direitos Fundamentais é com sua efetividade. Pois bem, a inserção da Jurisdição Constitucional em todos os textos constitucionais, se por um lado

é consequência da consagração do modelo escrito de Constituição, caracterizada por uma *Supralegalidade* e por uma *Imutabilidade Relativa*, por outro é para distinguir, de forma bem clara, que tudo aquilo que dela consta tem aplicação, pois disse PAULO BONAVIDES, em trecho já citado,

> "daqui se pode, assim, partir para a asserção de que os direitos da segunda, da terceira e da quarta gerações não se interpretam, *concretizam-se*. É na esteira dessa concretização que reside o futuro da globalização política, o seu princípio de legitimidade, a força incorporadora de seus valores de libertação"[170].

Exatamente por isto, a Constituição Brasileira de 1988 ampliou em muito os instrumentos de *Controle de Constitucionalidade*, desde a legitimação ativa para propositura das Ações Concentradas, até novos institutos como o *Habeas Data* e o *Mandado de Injunção e Mandado de Segurança Coletivo*.

7. Os Direitos e as Garantias ou Remédios Constitucionais na CF/88: breves notas

Os *Direitos e Garantias Constitucionais*, apesar de precedentes que remontam à Idade Média como, por exemplo, a *Magna Charta* de 1215, em última análise, têm seu berço solene no denominado *Constitucionalismo Liberal* dos séculos XVIII e XIX, e alcançaram seu auge na *II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos*, realizada pela ONU, em 1993[171].

Tais direitos no atual *Constitucionalismo Socioeconômico* ocupam posição de *irrenunciabilidade* com os denominados *Direitos Sociais*, *Direitos Coletivos* e *Direitos Difusos*, o que tem levado as Constituições atuais para um modelo de documento analítico, em contraposição às Constituições Sintéticas.

Ademais, este posicionamento significava que eles (os Direitos de 1ª geração) funcionavam como instrumentos limitadores à ação do Estado frente ao indivíduo[172], sendo válido lembrar que hoje, para um alargamento da importância dada a estas categorias jurídicas, fala-se cada vez mais na existência de um *Direito Constitucional Humanitário*[173].

Neste sentido, reconhecendo-se que todas estas *categorias de Direitos* são

integrantes do *Constitucionalismo na era da Globalização*, não se deve esquecer, no entanto, que em todos os instantes da *História do Direito Constitucional* escrito (= *processo*, *ordenamento*, *fato*), estiveram os *Direitos e Garantias Constitucionais* marcados pela característica da *Supremacia* e, consequentemente, da *Supralegalidade*, valendo lembrar que na visão do *Constitucionalismo Liberal*, só se poderia falar em *Constituição* quando esta contemplasse a *Divisão de Poderes* e a enumeração dos denominados *Direitos Individuais*, a ponto de a *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa de 1789*, em seu *art. 16*, prescrever que "Toute société dans laquelle la garantie des droits n' est pas assurée et la séparation de pouvoir déterminée, n' a point de constitution"[174].

JUAN FERNANDO SEGOVIA, em pequeno-grande livro intitulado *Derechos Humanos y Constitucionalismo*[175], ao estudar o *Constitucionalismo Garantista*, ensina:

> "el constitucionalismo liberal entiende los derechos humanos como limite y freno del poder, que por ser una coacción a la libertad individual, se considera perverso. Los derechos constitucionales del liberalismo son un obstáculo al voluntarismo de los gobernantes: son limites y protección contra la arbitrariedad del gobierno".

Mais adiante, continua:

> "El gobierno se instituye para proteger los derechos del individuo, de donde el Estado liberal deviene garantista, según Zampetti, pues su razón de ser es la garantía de tales derechos"[176].

Noutra passagem, desta feita em item intitulado *Derechos naturales e individuales*, dá-nos uma lição que merece ser trazida à colação. Diz:

> "Por su fundamento, los derechos del hombre del constitucionalismo clásico liberal son *droits libertés*, derechos libertades, que indican posibilidades psíquicas, intelectuales o físicas, del individuo. La antropología liberal exalta al individuo autosuficiente, dueño de su libertad, que no necesita ser liberado porque ha nacido libre y con derechos innatos. Las declaraciones de derecho no hacen más que reconocer una situación en la que el sujeto de derecho, el indivíduo, ya

posee el objeto de su derecho. El caso típico es el derecho a la propiedad privada, pero también se puede alegar respecto de las luces que posibilitaban la libertad de pensamiento, de opinión e de prensa, e incluso del cuerpo en la libertad de locomoción"[177].

E ainda:

"La condición humana, como el liberalismo la entiende, se define como la de ser propietario de uno mismo o ser dueño de un mismo (*self ownership*) que no es sino otro modo de expresar la autonomía moral individual. Luego, las constituciones liberales consagrarán, en principio, derechos naturales de los individuos, según el concepto de naturaleza ya visto. *Son los derechos que el individuo transporta del estado de naturaleza a la sociedad civil, sea conservandolos, sea renovandolos. La tesis del pacto social confirma la naturalidad de los derechos*. El art. 142 de la constitución de Venezuela de 1881 lo dice con firmeza: 'El pacto social asegura a cada individuo el goce y posesión de sus bienes, sin lesión del derecho que los demás tengan a los suyos' "[178] e [179].

Nesta linha de raciocínio, ou seja, insistindo na importância do tema, DIEGO LÓPEZ GARRIDO, em capítulo intitulado *Valor Constitucional, Concepto y Evolución de los Derechos Humanos* e publicado no livro *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*[180], escreve que:

"los Derechos Humanos son parte de la cultura y de las tradiciones jurídicas y políticas del mundo occidental, desde las revoluciones francesa y americana[181]. Son un concepto histórico propio de la modernidad y, como toda institución, es la respuesta jurídica a necesidades esenciales de los individuos y de los grupos sociales. Son, en nuestro mundo, una forma extraordinaria de vertebración social.

Los Derechos Humanos son el trasunto de las necesidades de libertad y de igualdad, de seguridad y de plena realización de las personas. Esos Derechos transcienden los ordenamientos jurídicos, pero se incorporan a los mismos para hacerse reales y efectivos.

Los Derechos Humanos son poderes de las personas en la vida social, que expresan una determinada concepción de ésta, más concretamente, la propia de las sociedades democráticas (PECES BARBA). *Son, por ello, inseparables del concepto de Constitución, por lo que son, a la vez,*

anhelos de los individuos y límite al poder político”.
Efectivamente, los Derechos Humanos se hacen politicamente visibles a través de las constituciones modernas”.

NICOLÁS PÉREZ SERRANO, em livro póstumo intitulado *Tratado de Derecho Político*[182], referindo-se ao “valor relevante de las Declaraciones de Derecho”, afirmava que:

“puede considerarse extraordinario. Sin ellas no se concibe verdadero Derecho Constitucional: la Tabla de Derechos, impregnada de sabor individualista y proclamada en tono solemne, es elemento indispensable en el constitucionalismo”.

Realmente, tais direitos refletem a luta secular dos governados contra o poder arbitrário dos governantes, ou, como diz HÉLIO BICUDO no livro *Direitos Civis no Brasil, existem?*[183],

“os direitos civis, na sua forma mais abrangente, encontram seus limites na legislação dos povos, a princípio, timidamente, e, depois, com maior desenvoltura e clareza, como resultado da luta que os governados vêm travando contra os governantes, ao longo dos séculos, para alcançar um mínimo de garantia capaz de concretizar o anseio do homem em fazer respeitar a sua dignidade e ver reconhecidos os direitos subjetivos que permitam alcançar, um dia, a plenitude de um ideal de Justiça, fruto, sobretudo, da pertinência dos povos.
Neste sentido – prossegue BICUDO – o acompanhamento da atuação do homem, desde o seu aparecimento no cenário do Universo, mostra que a luta pelos direitos fundamentais da pessoa – o direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade – é uma constante no decorrer da evolução humana”.

E adiante, arremata:

“Não se pode, contudo, duvidar de que a primeira e clara afirmação de liberdade e igualdade de todos os homens frente às leis terrenas e frente a Deus encontra-se nos ensinamentos de Cristo, que, subordinando todos os direitos e deveres à moral, à caridade e ao amor, reconhecem na pessoa humana os atributos que lhe dão a dignidade de ser”[184].

Esta “dignidade de ser” acima mencionada não se plenificará, evidentemente, apenas considerando-se os *Direitos de Primeira Geração*, sendo irrenunciável que a estes sejam adicionados os denominados *Direitos Sociais* que, ao contrário do que muitos pensam, são igualmente *Direitos Individuais*, com a mera diferença de que, enquanto aqueles representam uma *omissão* de atividade por parte do Estado, estes hão de representar *ações* que:

> “están, de certo modo, ligadas a un Estado que se manifesta con intromisiones e intervenciones cada vez más penetrantes en una orden social que el liberalismo creia espontáneo, naturalmente justo”[185].

Em seguida, prossegue:

> “El Estado del constitucionalismo social parte de la real desigualdad de clases y se expresa como una fuerza medicinal: es el remédio que cura los excesos del individualismo económico capitalista. Es un constitucionalismo reparador, corretor de los extravios liberales; la solución estatal a la cuestión social.
> (...)
> La puesta en marcha del Estado social responde al ascenso de nuevos valores, particularmente la igualdad que se traduce en la justicia social y la solidariedad de clases. A nivel constitucional se plantea una interrelación de economía y sociedad, que acarrea la juridización de la vida socioeconômica”[186].

E finaliza com sintética, mas profunda lição:

> “El titular de los derechos en el constitucionalismo social no es el indivíduo abstracto, el ciudadano burguês, sino el hombre concreto y real, el desposeído, aquel que no es aún dueño de si mismo. Superando el individualismo, los derechos se titularizan en personas distinguibles por su posición dentro de la estratificación social. Son derechos clasistas, de los trabajadores en primer término, pero también extensibles a sus famílias y a las asociaciones sindicales.
> (...)
> ... si en los derechos liberales el sujeto pasivo está indeterminado *ab initio* (puede serlo cualquiera que estorbe la situación de posesión), el obligado

primário, directo e inmediato de los derechos sociales es el Estado. Aquellos derechos despolitizan; éstos politizan en el sentido que estatizan”[187].

O aumento do catálogo de Direitos não é matéria que se reduz a aspetos teóricos e/ou doutrinários, mas, ao contrário, eles se espraiam no sentido do direito positivo, inclusive com alterações no rol *das Garantias ou Remédios Constitucionais* cujo aumento chegou a originar uma nova disciplina, o *Direito Processual Constitucional.* Ademais, no nosso caso, e em razão da estrutura formal da Constituição, os estudiosos do Direito Administrativo já não o entendem como o *Direito da Administração*, porém, como *Direito do Administrado* e de suas garantias diante do Poder Público. E mais: os denominados *Princípios Constitucionais Processuais*, representados, principalmente, pelo *Due Process of Law*, têm se estendido do âmbito do *processo judicial* para *processo administrativo*, inclusive administrativo-tributário, como demonstra o livro *Garantías Constitucionales del Contribuyente*, de autoria de P. KIRCHHOF, J. M. CARDOSO DA COSTA, A. DI PRIETO, J. GARCÍA-AÑOVEROS e A. RODRÍGUEZ[188].

Esta nova realidade, decorrência de um novo conceito de *Homem*, direciona para a própria *Filosofia do Poder Político,* o que foi reconhecido por RAUL MACHADO HORTA (*Os Direitos Individuais na Constituição*[189]), ao escrever que “a filosofia do poder político está na Declaração de Direito. Ela revela o finalismo do poder”, o que pode ser exemplificado com o modelo constitucional brasileiro vigente, no qual, em coerência com seus *Princípios Fundamentais*, elevou “os direitos e garantias individuais” à categoria de Cláusula Pétrea, com sua consequente *Intangibilidade pelo Poder de Reforma* (CF/88, art. 60 § 4º, inciso IV).

Em breve retrospecto histórico, conclui-se que tem sido uma presença constante no Direito Constitucional Brasileiro, desde o texto de 25 de março de 1824, a consagração de Direitos e Garantias Individuais.

Assim, na *Carta Política Imperial* (*1824*) a matéria ocupava o Título VIII, denominado *Das Disposições Gerais e Garantias dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros*, compreendidos dos arts. 173 a 179, e dos quais apenas o último deles, composto por 35 itens, preocupava-se com direitos e garantias.

A *Constituição de 1891*, em seu Título III, dedicado à Declaração de Direitos, regulava a matéria no Cap. II, arts. 72 a 78, enquanto a

Constituição de 1934 tratava *Dos Direitos e Garantias Individuais* nos arts. 113 e 114. A *Carta de 1937* reservava-lhe os arts. 122 e 123, embora se saiba que, na prática, foram letra morta.

O art. 141 em seus 38 §§ e incisos I a IV, além dos arts. 142, 143 e 144 da *Constituição de 1946* eram referentes aos *Direitos e Garantias Individuais*, enquanto no *texto de 1967*, em sua redação originária, e após a *Emenda Constitucional n. 1/69*, apontam-se os arts. 150 e 153, respectivamente.

Tal como em outros pontos, a *Constituição de 1988* inovou, profundamente, o tratamento da matéria, o que se explica facilmente pelo momento de sua produção, após mais de 20 anos de um período militar, com existência de Atos Institucionais e Atos Complementares[190].

Neste sentido, destaquem-se:

1) – modificou até mesmo a terminologia utilizada, referindo-se o texto constitucional à expressão *Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*, e perante a qual apontamos a omissão da palavra *Garantias*, em uma falha que deve ser destacada pelo comentador, sobretudo, em razão de que aquelas se encontram incluídas ao longo de vários incisos do art. 5º;

2) – por outro lado, sob o ponto de vista *formal* ou de *Técnica Legislativa*, preferiu o constituinte transportá-los logo para o início do documento, no *Título II*, composto não apenas pelo art. *5º* e nada menos de LXXVII incisos e quatro parágrafos, mas, igualmente, pelos arts. *6º* a *11* (sendo que o primeiro deles se desdobra a partir do art. *193*[191]). Neste bloco, deve-se mencionar o art. *7º* (voltado para os *Direitos Trabalhistas*), enquanto os arts. *12* e *13* tratam da *Nacionalidade* e os arts. *14* a *16* destinam-se aos *Direitos Políticos*[192];

3) – na prática de uma correta hermenêutica constitucional deverão ser eles entendidos na linha ideológica dos *Princípios Fundamentais*, principalmente da *Dignidade da Pessoa Humana*[193] – o *princípio dos princípios* do Direito Constitucional dos dias atuais.

Ressalte-se que tornando efetivo este comando estaremos frente a frente com a nova visão do conceito de *Cidadania*, hoje não mais devendo ser compreendido como mero exercício de direitos políticos (votar e ser votado), mas como exercício de direitos individuais, econômicos, sociais e até políticos[194]. Em outras palavras, pode-se afirmar que o instituto da nova concepção de Cidadania implica a *exigibilidade dos Direitos Sociais*[195];

4) – esta prática interpretativa obedece a um comando constitucional, exatamente aquele contido no *Preâmbulo da Constituição* ao afirmar que por esta se institui um "Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a *justiça como valores supremos* de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias...".

Antes de outras questões, cumpre lembrar que, em sua versão originária de 1988, tínhamos o art. 5º composto por 77 incisos e 2 parágrafos, enquanto hoje, como foi dito e com redação dada à Constituição até a Emenda Constitucional n. 57, de 18.12.2008, o art. 5º se apresenta com 78 incisos e 4 parágrafos, assim distribuídos:

Direitos Civis: Incisos I a XXXVI e LXVII.

Direitos Penais: Incisos III, XXXVII a LII.

Direitos Processuais: Incisos LIII a LXVII.

Garantias ou Remédios Processuais: Incisos LXVIII a LXXVIII.

Direito Intertemporal: § 1º.

Equivalência dos Tratados e convenções internacionais às Emendas Constitucionais (§ 3º) e *submissão do Brasil à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão* (§ 4º).

Autoaplicabilidade de tais normas (§ 2º).

Tratar de todo este elenco em um espaço previamente estabelecido é algo impossível, e por isso inserimos no título deste item a expressão *breves notas*, pelo que faremos em primeiro momento uma tentativa de classificação dos Direitos Individuais para, em seguida, trazermos algumas considerações sobre os *Limites do Poder de Reforma Constitucional*[196].

JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, em texto datado de 1991, apresentava em relação aos *Direitos* e *Garantias Constitucionais*[197] a seguinte classificação:

I – O Direito à Liberdade:

I .1. Liberdade Individual:

– Liberdade de ir e vir.

– Respeito à vida privada.

– Segredo de correspondência.

– Liberdade e inviolabilidade de domicílio.
– Liberdade dos maiores em contratar casamento.

I .2. Liberdade de Pensamento:

– Liberdade de opinião ou liberdade de consciência.
– Livre comunicação dos pensamentos, de opiniões e de informações.
– Liberdade de imprensa.
– Liberdade de ensino.

I .3. Liberdades Coletivas:

– Liberdade de reunião.
– Liberdade de associação.
– Liberdade de culto.

II - O Direito à Igualdade:

– Igualdade perante a lei.
– Igualdade perante a justiça.
– Igualdade tributária.
– Igualdade perante as calamidades públicas.
– Igualdade perante os empregos públicos.
– Igualdade à educação.
– Igualdade perante os cargos públicos.
– Igualdade no tratamento do funcionalismo.
– Igualdade dos filhos legítimos, em caso de sucessão *‘ab intestato’*.

III – Os Direitos Políticos:

III .1. Participação no Poder:

– Direito de sufrágio.
– Liberdade dos partidos políticos.
– Consentimento na tributação e controle das despesas públicas.
– Responsabilidade dos agentes públicos.
– Livre determinação dos povos.

III .2. As Liberdades Locais:

– Livre administração das coletividades locais ou territoriais.
– O direito de territórios vinculados a certos países de terem um estatuto especial.

III .3. As Garantias da Liberdade:

– Separação de Poderes.

– Restrição à opressão.

IV – O Direito de Propriedade:

– Manutenção da propriedade privada.

– Existência de segmentos da propriedade em mãos da coletividade.

– Propriedade intelectual.

– Proteção dos bens.

V – O Direito à Segurança:

V.1. As Garantias de Competências:

– Competências reservadas.

– Competências reservadas à autoridade judiciária.

– Independência das jurisdições judiciária e administrativa.

V.2. As Garantias do Processo:

– Presunção de inocência.

– Direito de defesa.

V.3. Os Limites da Repressão:

– Não retroatividade da lei penal e aplicação da retroatividade, quando a lei penal é mais branda.

– Proporcionalidade das penas.

– Proporcionalidade do “rigor”, em caso de prisão.

– Direito de asilo.

VI – O Direito a uma Existência Digna (direitos sociais):

VI.1. As condições de vida e o desenvolvimento da personalidade:

– Proteção da saúde.

– Condições de desenvolvimento do indivíduo e da família.

– Educação:

a) – igual acesso da criança e do adulto à formação profissional e à cultura;

b) – organização pelo Estado de um ensino gratuito e laico, em todos os graus e níveis.

– Segurança material.

VI. 2. Direito ao trabalho e à dignidade do trabalho:

– Direito ao emprego.

– Direito ao repouso e às férias.

– Liberdade sindical.

– Direito de greve.

– Direito à determinação e solução coletiva das condições de trabalho.

– Participação dos trabalhadores na gestão da empresa.

VI. 3. Proteção contra as dificuldades da vida:

– Proteção contra o desemprego.

– Direito à seguridade social.

– Solidariedade diante das obrigações resultantes das calamidades públicas.

Em nosso entender, não é fácil fazer-se uma classificação de todos os *Direitos Individuais* – na amplitude do art. 5º, § 2º – consagrados na Constituição Brasileira de 1988, sobretudo em razão dos seguintes motivos:

a) – ter-se-á que levar em consideração o inteiro teor do Preâmbulo da Constituição: "Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça *como valores supremos* de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias...";

b) – ter-se-á que considerar que este Estado Democrático de Direito tem como *fundamentos* (art. 1º) (I) a soberania, (II) a cidadania, (III) a dignidade da pessoa humana, (IV) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e (V) o pluralismo político;

c) – ter-se-á sempre presente que o Estado Democrático Brasileiro, em todos os seus momentos e atividades, não poderá buscar algo diferente daqueles *objetivos fundamentais* (art. 3º), ou seja, (I) construir uma sociedade livre, justa e solidária, (II) garantir o desenvolvimento nacional, (III) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e (IV) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação;

d) – finalmente, todos estes *Princípios Fundamentais* que hão de funcionar de forma irrenunciável como norte indicador de qualquer

exercício hermenêutico que tenha por objeto norma (de qualquer natureza) do sistema jurídico nacional, quando voltados para as relações internacionais, serão informados pelos *princípios* (art. 4º) (I) da independência nacional, (II) prevalência dos direitos humanos[198], (III) autodeterminação dos povos, (IV) não intervenção, (V) igualdade entre os Estados, (VI) defesa da paz, (VII) solução pacífica dos conflitos, (VIII) repúdio ao terrorismo e ao racismo, (IX) cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e (X) concessão de asilo político.

Como se todos estes pressupostos metodológicos não bastassem, e ainda em obediência ao que determina o § 2º do art. 5º, há de se mencionar, a título de exemplos, os seguintes comandos constitucionais que, apesar de topograficamente fora do art. 5º, formam o *Catálogo* destes mesmos Direitos[199]:

* Art. 37, I – Direito de acesso aos cargos públicos;

* Art. 37, VI e VII – Direito de greve dos servidores públicos;

* Art. 41 – Direito à estabilidade no cargo;

* Art. 61, § 2º – Direito à iniciativa particular;

* Art. 93, IX – Direito à publicidade e fundamentação das decisões judiciais;

* Art. 150 – Limitações constitucionais ao poder de tributar;

*Art. 220 – Direito à manifestação do pensamento, criação, expressão e informação;

* Art. 226, § 5º – Direito à igualdade entre os cônjuges;

* Art. 227, § 6º – Direito dos filhos ao tratamento igualitário e não discriminatório;

* Art. 225 – Direito ao meio ambiente;

* Art. 228 – Inimputabilidade penal.

Considerando todos estes aspectos que não podem ser esquecidos no estudo do tema, sobretudo o de que os *Direitos Individuais* no sentido de realização e respeito à *Dignidade da Pessoa Humana* e gozo da *Cidadania* (ambos no sentido do art. 1º, incisos II e III) não se esgotam no art. 5º, temos o seguinte quadro:

Direito à Vida		proibição da pena de morte
* Existência	proteção à vida	proibição do aborto
		proibição da eutanásia
* Integridade Física	proteção contra lesão corporal	
	proibição da tortura (Lei 9.455/97)	
* Integridade Moral	direito à honra, à imagem etc. – art. 5º, X	
* Vida Digna	à vida íntima – art. 5º, X	
	inviolabilidade do domicílio – art. 5º, XII	
	sigilo de correspondência e comunicação – art. 5º, XI	
	sigilo bancário	art. 192
* Proibição de Prisão por Dívidas		art. 5º, LXVII

Direito à Liberdade (de)
* associação art. 5º, XVI e XX
* consciência e de crença art. 5º
* criação artística, intelectual... art. 5º, XXVII e XXVIII
* informação art. 5º, XVI e XXXIII
* locomoção art. 5º, XV e LIV
* pensamento art. 5º, IV e V
* profissão art. 5º, III
* voto art. 14

Direito à Igualdade art. 5º, *caput*
Direito à Segurança
* em geral: proteção física e moral do indivíduo
* jurídica: direito adquirido art. 5º, XXXVI
Direito à Justiça
* devido processo legal art. 5º, LIV
* acesso à Justiça art. 5º, LXXIV, art. 217, § 1º
* juiz natural art. 5º, XXXVII e LIII
* inafastabilidade da apreciação pelo Judiciário art. 5º, XXXV
* presunção de inocência art. 5º, LVII

Direito à Propriedade

* garantia art. 5º, XXII
* função social art. 5º, XXIII, XXIV, XXV, XXVI e XXVII
* herança art. 5º, XXX

Direitos Sociais

* em geral art. 6º, arts. 193 a 232
* dos trabalhadores arts. 7º a 11
* sindicais art. 8º
* da seguridade social arts. 193 a 204
* relativos à educação, cultura e desporto arts. 205 a 217
* relativos ao meio ambiente art. 225
* relativos à família, criança, adolescente,
idoso e pessoas portadoras de deficiências arts. 226 a 230
* dos índios art. 231

Direito de Nacionalidade

* em geral art. 12

Direitos Políticos

* em geral arts. 14 a 16

Garantias Individuais e Coletivas (*Remédios Constitucionais*)

* *Habeas corpus* art. 5º, LXVIII
* Mandado de segurança individual e coletivo art. 5º, LXIX, LXX
* *Habeas data* art. 5º, LXXII
* Mandado de injunção art. 5º, LXXI
* Razoável duração do processo art. 5º, LXXVIII
* Ação civil pública art. 129, III
* Controle incidental de inconstitucionalidade
* Controle da constitucionalidade, além de ter ampliado a titularidade da *Ação Direta de Inconstitucionalidade* (art. 103), admitiu-se a *Ação de Controle da Inconstitucionalidade por Omissão* (§ 2º, art. 103) e a criação da *Ação Declaratória de Constitucionalidade* (EC n. 3/93, art. 102, I, *a*). A estas, ainda pela EC n. 3/93, veio juntar-se a *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental* (art. 102, § 1º).

8. Poder Constituinte e Poder de Reforma. Revisão e Emenda Constitucionais

A inevitabilidade de as Constituições político-jurídicas adaptarem-se aos novos valores ou à Constituição real (= social) é exercida por dois caminhos diferentes, os quais, ao final, trazem em si características próprias e peculiares de cada um dos processos: no primeiro, temos a quebra do processo histórico-constitucional, proporcionando a instauração de uma situação de fato, *hiato constitucional* ou ruptura institucional, ao passo que no segundo a adaptação do texto dar-se-á por *procedimentos constitucionalmente previstos*, isto é, de acordo com aquelas determinações que a própria Constituição (por reconhecer que não seria eterna nem imutável) estabeleceu.

Sob a perspectiva do *hiato constitucional*, a constatação de que o texto formal encontra-se distante de uma legitimidade representativa dos valores sociais enseja a convocação e instalação do *Poder Constituinte*, que em uma visão democrática, mormente após as ideias de SIÈYES, é exercido por uma *Assembleia Constituinte*, escolhida pelos governados e encarregada de iniciar o *processo constituinte*, no decorrer do qual uma nova ordem constitucional será elaborada.

Em razão de seu caráter inicial e soberano, esta, por sua vez, não levará em conta nenhum princípio jurídico-positivo anterior, no sentido de ver seu poder de elaboração limitado pelo ordenamento precedente, em razão de que passará a ser o "marco zero" da *nova ordem*, o que significa dizer-se que ele se localiza em uma fase de transição entre a antiga e a futura ordem, a qual, tão logo se instaure, fará desaparecer (desconhecendo a existência) aquele que lhe deu origem.

Por este motivo é que temos defendido o entendimento de que a *natureza do poder constituinte* (= originário, já que qualquer outro é derivado da Constituição e, portanto, constituído, como veremos) é *fática* e não jurídica ou *de jure*[200], pelo que, em consequência, é de notar que o *Poder de Reforma*, como poder constituído, caracteriza-se por limitações jurídicas preexistentes, fixadas pelo Poder Constituinte durante a elaboração do texto constitucional.

Nota-se, portanto, que além das limitações sociológicas, expressas pelos valores sociais e políticos da sociedade à qual o texto será dirigido e que

são o retrato do seu modelo de *dever ser ideal,* limitações outras existem, igualmente, no exercício do Poder de Reforma, o qual esbarra na *vontade política* dos que elaboraram o texto objeto de modificações, vontade esta que se manifesta no conteúdo dos limites materiais e formais (jurídicos, portanto) ao exercício do referido Poder de Reforma.

Da *vontade política* a que nos referimos, C. SCHMITT lhe reconhece a existência em sua *Teoria de la Constitución*[201] quando afirma que:

> "Poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adaptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia politica, determinando asi la existência de la unidad politica como un todo. De las decisiones de esta voluntad se deriva la validez de toda ulterior regulación legal-constitucional. Las decisiones, como tales, son cualitativamente distintas de las normaciones legal-constitucionales establecidas sobre su base."

Para RECASÉNS SICHES (*Tratado General de Filosofia del Derecho*)[202]:

> "de ningún modo debe confundirse el poder constituyente con la competencia legal establecida por una constitución para la reforma parcial de alguna de sus normas. El poder titular de esa competência para la reforma de algunos preceptos de la constitución no posee el caráter de poder constituyen*te stricto sensu,* por la sencilla razón de que recibe sus facultades de la misma constitución que se va a reformar, cuya identidad fundamental persistirá a traves de todas las modificaciones normales que se le introduzcan".

Não é nosso intento discutir o conceito de Poder Constituinte, o que já fizemos em diversos trabalhos anteriores. Contudo, se as referências acima foram trazidas à colação, outro não foi o seu objetivo, senão o de chamarmos a atenção para o fato de que o conteúdo que se dê ao Poder Constituinte e a extensão de seu conceito é que determinarão a natureza do Poder de Reforma. Em outras palavras: se se confere ao Poder Constituinte a capacidade de criar e modificar o texto constitucional, poderá ele ser objeto de estudos por parte do Direito Constitucional; por outro lado, e nesta corrente nos filiamos, se ao Poder Constituinte só é dada a missão de elaborar o texto, não é ele objeto de estudos por parte do Direito

Constitucional, mas um seu *pressuposto sociológico*, cabendo ao jurista, enquanto tal, preocupar-se com o *Poder de Reforma*, este sim, de natureza jurídico-positiva, pois, como ensina REINALDO VANOSSI em sua *Teoria Constitucional – I – Teoria Constituyente*[203]:

> "el poder de revisión constitucional nace de la propia constitución y, por lo tanto, está comprendido, en la especie de las normas constitucionales, dado que se rige por una de ellas (v. gr., entre nosotros, el art. 30)[204]. Se estudiamos la norma de revisión en cuanto norma constitucional, veremos que es perfectamente ubicable en cualquiera de las clasificaciones de las normas constitucionales que maneja la doctrina especializada. Por lo pronto, no cabe duda de que una norma asi pertenece a la categoria de las llamadas *normas organizativas* o de *organización, que* se refierem a la formación y competências de los poderes del Estado (en este caso, del poder constituyente de revisión), ya que su función es de regulación 'institucional' (rige la institución de reforma o enmienda y determina el órgano y el procedimiento)".

O pensamento de VANOSSI é, sem dúvida, dos mais corretos, ao qual apenas nos opomos quanto à expressão *poder constituyente de revisión*, exatamente por entendermos que ou o poder *é constituinte* (= ilimitado juridicamente) ou *é constituído* (limitado em seu exercício por normas jurídico-positivas), este último assumindo uma das feições apontadas por MONTESQUIEU (com precedentes desde ARISTÓTELES), ou ainda a de *Poder de Reforma*, colocado acima dos denominados *poderes ordinários* e logo abaixo do Constituinte. Enquanto este produz originariamente a norma constitucional, os demais (corretamente denominados *Funções*) são alimentados pela Constituição, que, dentre outras coisas, lhes fixa competência, procedimento e limites de atuação, estes últimos de natureza material ou de natureza formal[205].

Um ponto pode ser aventado para discussão: o que acontecerá com o ordenamento jurídico anterior à nova Constituição, se esta passa a ser o *marco zero* de toda a vida jurídica, conforme já afirmamos? Em outras palavras: *qual o relacionamento entre a Nova Constituição e o velho ordenamento infraconstitucional?*

Em nossa maneira de entender, sobre aquelas leis que não se choquem com o novel texto, nada há para ser discutido, já que continuarão em pleno

vigor, sendo aplicáveis normalmente. Contudo, com respeito àquelas que tenham disposições contrárias à Constituição recém-elaborada, somos daqueles que as enxergam *imediatamente revogadas*, em consequência da hierarquia de superioridade que caracteriza a Constituição, muito embora, autores existam, como é o caso de CASTRO NUNES, Relator do Recurso Extraordinário. n 4.854 (São Paulo) junto ao STF e publicado no livro *Soluções de Direito Aplicado – Julgados e votos vencidos*[206], para quem "as Constituições *não revogam* leis ou que estas, anteriores ou posteriores, se com elas incompatíveis, são e devem ser tratadas como leis inconstitucionais".

Continuando em seu raciocínio, e reconhecendo que o Supremo Tribunal possuía entendimento contrário àquele que defendia, CASTRO NUNES fundamentava seu ponto de vista afirmando que:

> "somente as leis posteriores a uma dada Constituição gozam *da presunção de constitucionalidade*, porque de supor-se, na teoria da elaboração legislativa, todo cuidado no exame daquele aspecto, exame ainda presumivelmente renovado na chancela da sanção. Daí decorre, por via de consequência, que as normas anteriores são, ao revés, presumidamente inconstitucionais, porque elaboradas em consonância com um regime ou uma ordem de coisas que se extinguiu".

E adiante, insiste:

> "Ouso dizer que, em boa técnica, uma Constituição não revoga leis. Constituição e leis, pelo menos no sistema das chamadas Constituições rígidas, são preceituações de nível ou hierarquia diferente. O problema da inconstitucionalidade é um problema de hierarquia de normas, a ser resolvido pela prevalência da lei de graduação superior, que é a Constituição.
>
> A teoria da abrogação das leis supõe normas da mesma autoridade ou hierarquia. Quando se diz, com assento no Código Civil, que a lei posterior revoga, ainda que tacitamente, a lei anterior, supõem, no cotejo, leis do mesmo nível.
>
> Mas se o confronto situa-se em face da Constituição, o intérprete está diante de um desnível, que é precisamente o que caracteriza a declaração de inconstitucionalidade, problema de direito público, de técnica peculiar, desconhecido ou inadmitido em muitos países, como o era entre nós até a

Constituição de 91”.

Finalizando, podemos ler ainda em CASTRO NUNES:

> “Considere-se, por outro lado, que nem sempre a arguida incompatibilidade tem a evidência de uma ab-rogação expressa, exigindo muitas vezes esforço de indagação, prefigurando um problema de solução controvertida e controversível”[207].

Se o final do raciocínio, expresso no último parágrafo, é de todo procedente com relação a algumas normas, na maioria não o é, inexistindo, portanto, motivos para que se aguarde um pronunciamento do Poder Judiciário, pois, na prática, o que ocorre é uma *recepção* pela nova Constituição, do direito anterior, oportunidade em que a legislação pretérita se protrai por não ser em si mesma contrária aos princípios da ordem constitucional criada. Nos demais, ou seja, havendo incompatibilidade entre ambos, a norma menor é revogada, mesmo que em decorrência da nova situação se fique à espera de legislação regulamentadora do preceito constitucional. Com este procedimento, a apreciação de alegada inconstitucionalidade é a exceção da regra, só admissível naqueles casos em que o choque não esteja clara e objetivamente caracterizado. Aí, declarada a inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário, impõe-se, portanto, a “*morte*” da norma infraconstitucional.

Neste sentido, basta recordarmos que não poucos textos legislativos brasileiros têm convivido com vários textos de Constituição como, por exemplo, o Código Comercial Brasileiro (Lei n. 556 de 25.6.1850), o Código Civil (Lei n. 3.071 de 1.1.16, atualmente revogada), o Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848 de 7.12.40), o Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172 de 25.10.66. A Parte Geral sofreu profunda reforma pela Lei n. 7.209 de 11.7.84), o Código de Processo Civil (Lei n. 5.869 de 11.1.1973) e o Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689 de 3.10.41), para não falarmos em milhares de leis extravagantes, evidentemente, naqueles pontos que não se contradizem com a Lei Maior.

Nesta última hipótese fica claro, de imediato, que a *supralegalidade da Constituição* revoga, automaticamente, aqueles pontos de choque, ficando à espera, se for o caso, de nova regulamentação legislativa. Com este raciocínio, poderíamos fazer referências, baseados na atual Constituição de 1988, a inúmeros exemplos, como o art. 7º (Direitos dos trabalhadores

urbanos e rurais) que, por si só, revogou diversos princípios da CLT e de outras leis do Direito do Trabalho ou, ainda, o art. 5º – LXVIII, que, ao consagrar o *habeas corpus*, revogou a legislação ordinária quanto ao seu não cabimento às punições disciplinares (art. 647 do CPP), restando-lhe apenas a ressalva feita no art. 142, § 2º da própria Constituição que, textualmente, determina seu não cabimento "em relação a punições disciplinares militares", pelo que manteve intocável o art. 47 da Lei n. 6.880/80 – o Estatuto dos Militares –, como estudamos em nosso livro *Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas na Nova Constituição (Direito Constitucional de Crise ou Legalidade Especial – arts. 136 a 144)*[208].

Bem o sabemos que no dia a dia da *praxis forense* a questão não é tão simples, nem se aceito o entendimento defendido por CASTRO NUNES, nem mesmo aquele que estamos defendendo, sendo necessária, na maioria das situações, a identificação das peculiaridades de cada caso, não passando despercebido que, dependendo da matéria em discussão, o passionalismo das opiniões (evidentemente, que fora do alcance científico, já que este exige uma análise objetiva e neutra) toma uma coloração mais ou menos acentuada.

A recepção legislativa seja externa, seja interna, não é assunto de discussão apenas acadêmica, mas, sim, de sérias implicações práticas, pelo que está a merecer, entre nós, um estudo mais detalhado e aprofundado por parte dos cultores da Teoria do Direito e, especialmente, do Direito Constitucional Particular e/ou Comparado, não apenas em seus aspectos teóricos, mas, sobretudo, embasado em casos concretos.

Frise-se que o mesmo raciocínio se aplica às hipóteses em que um *novo conteúdo* é incorporado à Constituição através do procedimento de *revisão e/ou emenda constitucionais* de modificações provocadas por Emenda Constitucional, e que terá que produzir alterações na legislação infraconstitucional.[209]

Dois pontos devem ser destacados, mesmo que de forma rápida:

a) – o Direito Constitucional, neste ponto, mais uma vez se diferencia dos outros setores do ordenamento jurídico, já que, como lembra JAVIER PEREZ ROYO (*La Reforma de la Constitución*)[210]:

"por lo general, en el mundo del Derecho, de las diferentes ramas del

ordenamiento juridico, no existen cláusulas de reforma. El ordinamiento juridico se va integrando por el conjunto de normas que los poderes publicos (prescindiendo por el momento de la cuestión de su legitimidad y de la posibilidad de reconducirlos a la voluntad mayoritaria de la sociedad) estiman en cada momento que son necessarios para hacer frente a los problemas que se plantean, resolviendose las posibles antinomias que puedan producirse a través del juego de critérios suficientemente conocidos, como son el jerárquico, el temporal y el de especialidad".

O Direito Constitucional, pelo contrário, não só prevê as possibilidades de mudanças, como estabelece critérios, oportunidades, procedimentos, limites etc.;

b) – em consequência, as alterações introduzidas por tais reformas integram-se ao texto original sem que haja qualquer ruptura do processo histórico-político-constitucional, que, incorporando o novo conteúdo, dá origem a um esquema dialético, tal como fizemos referência com a Emenda 9/77 e a Lei 6.515. Aliás, recorde-se que em virtude da aceitação do voto do analfabeto pelo texto decorrente da EC n. 25 de 15.5.85, a própria Constituição de 67 com a redação da EC mencionada, estabeleceu no art. 147, § 4º, que "a Lei disporá sobre a forma pela qual possam os analfabetos alistar-se eleitores e exercer o direito de voto", preocupação até então inexistente.

A este mecanismo de adaptação do texto constitucional aos novos valores e realidades sociais é que chamamos *Poder de Reforma*, muito embora existam os que preferem denominá-lo "Poder Constituinte Derivado" (PELAYO), "Poder Constituinte de Segundo Grau", "Poder Constituinte Constituído" (AGESTA) e tantas outras expressões que, no nosso modo de entender, além de não retratarem o conteúdo da instituição, trazem em si contradições diante do conteúdo ôntico do que se pretende retratar, sobretudo porque enquanto o *Poder Constituinte precede ao ordenamento* jurídico (e por isto é constituinte, organizador, fundador, estabelecedor e assentador de uma nova ordem), o *Poder de Reforma encontra-se no ordenamento*, sendo daí constituído, organizado, formado e estabelecido nos precisos termos fixados pelo Poder Constituinte.

FAUSTO E. RODRIGUEZ, em artigo intitulado *¿Que és el Poder Reformador de la Constitución?*[211], sustenta que:

“no puede desconecerse que toda Constitución, como ley básica que es de un ordenamiento juridico, tiene una natural tendência a persistir en lo fundamental y, a conservar, con cierta firmeza, la ‘continuidad’ normativa del régimen de que ella es fuente, mientras no ocurra un fenómeno revolucionario. Es por esto que se hace preciso atemperar *la necessidad de cambio con la conservación de lo politico-fundamental de la Constitución* (destaque nosso).

Estos dos argumentos, al parecer contradictorios, son los que justifican y motivan el tema de ‘la reforma constitucional y sus limitaciones’, cuyo tratamiento nos conducirá, prácticamente, a la determinación de la *naturaleza del Poder Reformador de la Constitución”*.

Acima falávamos de que no exercício do Poder de Reforma não há uma ruptura constitucional provocada por processos revolucionários, aspecto este também referido por RODRIGUEZ, exatamente, quando destaca que:

“mientras no se presente, mediante una revolución violenta o pacifica, una solución de continuidad dentro del régimen jurídico-político que ha nacido con la Constitución, puede decirse que la ‘continuidad normativa’ se mantiene, a pesar de las alteraciones que dentro del texto de aquélla se introduzcan”[212].

E noutra passagem, o mesmo autor é taxativo:

“En vista de lo expuesto y sostenido anteriormente por nosotros, se comprenderá que *dar* una Constitución (operación constituyente) no es lo mismo que reformarla. El otorgamiento de una Constitución, en principio, no tiene limites y es una manifestación plena y originaria de la soberania del pueblo; la reforma es, al contrario y por definición, limitada. Consecuentemente, el poder o *órgano* encargado de realizarla ha de reunir determinadas cualidades.

No cabe duda que, si bien es cierto que la operación de reforma de la Constitución no puede equipararse cualitativamente al acto de su creación por el Constituyente, si exceden por otra parte, de los limites normales de la actuación de los Poderes constituídos. Es por ello que no se encomienda a uno sólo ni al conjunto de ellas, sino que se costumbra crear un órgano *ad hoc;* tal es al que nosotros designamos como Poder Reformador de la Constitución. La integración y funcionamiento de dicho

> Poder revisor asumen las más variadas formas, según los diversos sistemas constitucionales positivos, de las que hemos enumerado recientemente algunas. Mas lo cierto es que todas poseen una caracteristica común que es inherente a su propia naturaleza, a despeito de su multivoca denominación, a saber: ser, en definitiva, Poderes 'constituídos', con una competéncia limitada y precisa. Para emplear la frase de Schmitt, la facultad reformadora, 'es una facultad extraordinaria. Sin enbargo, no ilimitada; pues al seguir siendo una facultad atribuída en ley constitucional, es, como toda facultad legal-constitucional, limitada y, en tal sentido, 'competência autentica'"[213].

NELSON DE SOUZA SAMPAIO[214] com a clareza e correção que lhe foram peculiares em toda a sua produção científica escrevia que:

> "colocado logo abaixo do poder constituinte, o poder reformador é, contudo, de natureza 'constituída, pois encontra a sua base na constituição, que lhe traça os contornos e estabelece o processo de sua atuação. Seu órgão pode ser o legislativo comum, subordinado embora a processos diversos da elaboração legislativa ordinária, ou um órgão especial.

O poder de reforma jamais atingirá, portanto, a iminência representada pela ilimitação da atividade constituinte"[215].

E arremata: "Hoje, podemos considerar como firmada em bases sólidas a teoria dos limites do poder de reforma da constituição"[216].

Resumindo tudo o que até aqui foi dito, podemos chegar às seguintes conclusões:

1. A distinção ôntico-conceitual entre o *Poder Constituinte* e o *Poder de Reforma* encontra fundamento, sobretudo, na *natureza* de cada um deles, isto porque, enquanto o primeiro *precede* ao ordenamento jurídico, trazendo em si uma natureza de *poder de facto*, o segundo – *Poder de Reforma* – *existe dentro* do próprio ordenamento, por opção do constituinte, o qual, pelo menos no plano teórico, poderia dele ter desconhecido, por acreditar na possibilidade de uma constituição eterna e imutável.

Sua existência, portanto, encontra explicação na necessidade de adaptar a Lei maior às novas situações e realidades, bem como aos valores sociais emergentes, pela que sua previsão no próprio texto constitucional dá-lhe

uma natureza de *poder de jure* (constituído e, portanto, limitado).

2. O exercício deste último (*Poder Jurídico de Reforma*) tanto se dá por meio de um *processo revisional* como por uma simples *emenda* ao texto constitucional, expressões que tomamos em sentidos diferenciados, muito embora, no plano do *Direito Estrangeiro*, o uso de ambas as expressões varia de sistema para sistema, mas sempre com a característica de mudança formal obediente a critérios previamente fixados pela mesma Constituição que será objeto de reforma.

3. Entre nós – é bom destacarmos, desde logo – a questão não é apenas doutrinária, mas de Direito Constitucional Positivo, isto porque, tomando-se por base o texto da CF de 1988, esta diferença encontra-se fundamentada na diversa *amplitude conceitual das expressões Emenda e Revisão*, pois, esta (Revisão) traz consigo sentido amplo, global, que poderia atingir a Constituição como um todo e de uma só vez.

Sob uma forma ou outra, deverão ser respeitados, evidentemente, seus *Princípios Fundamentais*[217], e as *Cláusulas Pétreas* funcionarão como *limites materiais* ao seu exercício[218].

4. Se entre os autores existe, como se afirmou, um uso indevido da terminologia conceitual, os textos constitucionais positivos (como se disse) variam entre si quanto à adoção dos mesmos, impondo ao intérprete proceder a uma parturição de seu conteúdo[219].

5. No Brasil, a Mudança Constitucional Formal não foi tema indiferente ao nosso Direito Constitucional Positivo. Ao contrário, todos os textos constitucionais ao longo de nossa História previram a possibilidade de sua alteração, bem como o procedimento a ser seguido.

Desta forma, a *Carta Política de 1824* (art. 174) e a *Constituição de 1891* (art. 90) referiram-se genericamente à *Reforma*; a *Constituição de 1934* consagrava, embora com significados diferentes, as expressões *Emenda* e *Revisão* (art. 178), enquanto na *Carta Política de 1937* (denominada *Polaca*) encontram-se os vocábulos *Emenda*, *modificação ou reforma*, todos eles tomados em sentido equivalente (art. 174).

Por fim, e utilizando-se de uma Técnica Legislativa mais apropriada, a *Constituição de 1946*, o *texto de 1967* e a *Emenda Constitucional 1/69* optaram por referir-se à Reforma, utilizando-se do vocábulo *Emenda*.

6. Com a atual *Constituição de 5-10-1988*, adotou o constituinte as duas expressões, ou seja, *Emenda* e *Revisão*, cada uma com seu sentido e

condições próprias, pelo que, embora à primeira vista voltássemos à técnica de 1934, dois aspectos devem, de logo, ser destacados, através dos quais poderemos concluir no sentido da diversidade existente entre as referidas formulações:

a) – no texto de 1934, *Emenda* era a modificação que não atingisse a estrutura política dos Estados federados nem a organização e a competência dos Poderes. Nos demais casos, haveria *Revisão,* a teor do que determinavam o art. 178 e seus §§ 1º a 4º;

b) – pelo texto de 1988, a *Revisão* apenas foi prevista para ocorrer *uma única vez*, como se depreende do art. 3º – ADCT –, enquanto em relação à *Emenda*, o texto só estabelece como *limites temporais* a não possibilidade de que ela ocorra na vigência de *intervenção federal*, de *estado de defesa* ou de *estado de sítio* (art. 60 § 1º), os quais, em nosso entender, aplicar-se-iam, igualmente, à revisão constitucional de 1993-1994[220].

8.1. A compreensão do art. 5º, § 2º, e o alcance do art. 60, § 4º, IV

Dissemos acima que "a nossa grande preocupação já não é com a fundamentação e/ou justificativa filosóficas dos Direitos Individuais, mas, sim, com a sua *efetividade* e *concreção*, sobretudo, para que se evite que eles fiquem como simples promessa ou adorno de um aparente *Estado Democrático de Direito*".

Pois bem, com base nesta preocupação é que trouxemos à análise os instrumentos disponibilizados a favor do cidadão (art. 1º, II) para assegurar que os direitos relacionados pela Constituição não fiquem estáticos, apenas no texto escrito, bem como todas as considerações referentes aos conceitos e limites do *Poder Constituinte* e do *Poder de Reforma*.

Neste instante, chamaremos a atenção para o fato de que todo o *Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais (arts. 5º a 17*) – da Constituição Federal de 1988 encontra-se albergado no elenco dos *Direitos Individuais*, pelo que encontram-se proibidos de ser abolidos, subtraídos ou diminuídos por iniciativa do exercício do *Poder de Reforma*, poder instituído e, portanto, condicionado aos limites processuais, materiais e formais estabelecidos pelo *Poder Constituinte*[221].

De posse de tais conceitos, e a fim de facilitar nosso raciocínio, permitimo-nos trazer ao texto o que determina a Constituição Federal nos comandos que diretamente estão relacionados com a discussão do tema, ou seja, em seus arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º:

Art. 5º –.....

§ 2º – *"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"*.

Art. 60 – "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:"

.....

.....

.....

IV – "direitos e garantias individuais".

De forma direta, para nós, como os Direitos e Garantias Individuais não estão limitados àqueles enumerados no art. 5º da CF, mas, sim, em vários outros dispositivos do texto constitucional, o que, aliás, já foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal ao apreciar, através da *ADIN 939 –DF –, Rel. Ministro SIDNEY SANCHES*[222], a constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 3/93 e da Lei Complementar n. 77/93, no que concerne à criação do IPMF (Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira).

Naquela oportunidade, foi lavrada Ementa nos seguintes termos:

"EMENTA: Direito Constitucional e Tributário

Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. IPMF. Imposto Provisório sobre Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – IPMF. Artigos 5º, § 2º, 60, § 4º, incisos I a IV, 150, incisos III, b, e VI, a, b, c e d, da Constituição Federal.

1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, a da CF).

2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2º, autorizou a União a instituir o IPMF, incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao

dispor, no § 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica o art. 150, III, b e VI, da Constituição, porque, desse modo violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros):

1º – o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5º, § 2º, art. 60, § 4º, inciso IV e art. 150, III, b da Constituição);[223]

2º – 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, rendas ou serviços uns dos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, § 4º, I, e art. 150, VI, a, da CF);

3º – a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: b): templos de qualquer culto; c): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; d): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão;

3. Em consequência, é inconstitucional também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, a, b, c e d, da CF (arts. 3º, 4º e 8º do mesmo diploma, L.C. n. 77/93).

4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, em relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993".

O mesmo entendimento foi mantido nos autos do *Recurso Extraordinário n. 172058-1*, SC, Relator Min. MARCO AURÉLIO, DJ. 13.10.95, Ementário n. 1804-8, nos seguintes termos:

"Tributo. Relação Jurídica Estado/Contribuinte. Pedra de toque. No embate diário Estado/Contribuinte, a Carta Política da República exsurge com insuperável valia, no que, em prol do segundo, impõe parâmetros a serem respeitados pelo primeiro. Dentre as garantias constitucionais explícitas, e a constatação não exclui o reconhecimento de outras decorrentes do próprio sistema adotado, exsurge a de que

somente à lei complementar cabe 'a definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, base de cálculo e contribuintes'– alínea a do inciso III do artigo 146 do Diploma Maior de 1988"[224].

Abordada a extensão da expressão *Direitos Individuais,* teçamos algumas considerações sobre a natureza dos denominados *Direitos Sociais,* sobre a qual é oportuna a lição de RAUL MACHADO HORTA em artigo intitulado *Constituição e Direitos Sociais*[225] quando escreve que:

"na classificação dos cientistas políticos, os direitos individuais são direitos da primeira geração, fundados no primado da *liberdade*, enquanto os direitos sociais são os direitos da segunda geração, edificados sob a primazia da *igualdade*. Não obstante essas características individualizadoras, há um vínculo de aproximação entre um e outro, tornando categorias inseparáveis do constitucionalismo contemporâneo os direitos individuais e os direitos sociais".

Em seguida, prossegue MACHADO HORTA:

"É a finalidade protetora que confere originalidade aos direitos sociais.

(...) Os direitos individuais contêm vantagens atribuídas ao indivíduo, cuja efetiva utilização depende de sua iniciativa, sua inteligência e habilidade. A norma declaratória desses direitos encerra uma autorização, uma faculdade. No ramo dos direitos sociais, a perspectiva é outra, o caráter protetor adquire primazia e o comando normativo supre deficiências da ordem social existente. Nas palavras de Burdeau, o Poder é convocado para assegurar a liberação do homem. E essa liberação, na análise de Burdeau, será obtida pela ação do poder. *Os direitos individuais foram instrumentos contra o Poder, aprofundando o dissídio entre a liberdade e a autoridade do Estado. Os direitos sociais superam o confronto entre a liberdade e o poder. Converteram-se em instrumentos do Poder, para que este possa realizar direitos coletivos"* [226].

Aceita a posição de que o conteúdo do art. 60, § 4º, inciso IV, ao indicar *os direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas,* deverão estas amparar não apenas aqueles enumerados no art. 5º e correspondentes à

Primeira Geração de Direitos, mas, igualmente – e a repetição tem um objetivo pedagógico – todos os constantes do Título II da Constituição Federal e mais outros espalhados ao longo da Constituição, como se vê:

* Art. 37, I – Direito de acesso aos cargos públicos;

* Art. 37, VI e VII – Direito de greve dos servidores públicos;

* Art. 41 – Direito à estabilidade no cargo;

* Art. 61, § 2º – Direito à iniciativa particular;

* Art. 93, IX – Direito à publicidade e fundamentação das decisões judiciais;

* Art. 150 – Limitações constitucionais ao poder de tributar;

*Art. 220 – Direito à manifestação do pensamento, criação, expressão e informação;

* Art. 226, § 5º – Direito à igualdade entre os cônjuges;

* Art. 227, § 6º – Direito dos filhos ao tratamento igualitário e não discriminatório;

* Art. 225 – Direito ao meio ambiente;

* Art. 228 – Inimputabilidade penal.

Podemos afirmar que ao determinar a Constituição Federal em seu art. 60 que "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir"..., isto não significa que se deva entender o verbo *abolir* apenas no sentido da linguagem comum de "extinguir; revogar; anular; suprimir"[227], mas, sim, no sentido de simples diminuição de qualquer matéria que integre as cláusulas enumeradas nos incisos I a IV.

Se a proposta consagrar qualquer diminuição, não poderá sequer ser recebida pelo Congresso Nacional no exercício do Poder Reformador, seja por Emenda ou por Revisão.

Finalmente, mencionemos que, visando a impedir a possibilidade desta correta interpretação do inciso IV, o então Deputado NELSON JOBIM, na condição de Relator na Revisão de 1993-1994, pelo *Parecer n. 49* (18-04-94), propôs em *Anexo* ao referido Parecer nova redação para o *caput* do parágrafo 6º e pelo qual ficariam resguardados "os princípios constantes do art. 1º, os direitos e garantias individuais constantes do art. 5º e as disposições protegidas pelo inciso II do parágrafo 4º do art. 6º" (voto direto, secreto, universal e periódico).

Logo se vê que de forma expressa só "os direitos e garantias individuais

constantes do art. 5º" ficariam imunes ao exercício do Poder de Reforma.

Felizmente, por motivos outros, a proposta não foi examinada pela Assembleia Revisional e a Constituição, em obediência a ela própria, permanece neste ponto com sua redação original, pela qual qualquer comportamento em sentido contrário ensejará *Ação Direta de Inconstitucionalidade*, que poderá ser proposta por qualquer daqueles que estão autorizados nos termos do art. 103 da Constituição Federal.

1 Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Doutor em Direito Constitucional – UFMG. Livre-Docente em Direito Constitucional – UERJ. Livre-Docente em Teoria do Estado – UFPE. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas. Presidente do Instituto Pernambucano de Direito Comparado. Presidente da Academia Pernambucana de Ciências Morais e Políticas. Miembro del Instituto IberoAmericano de Derecho Constitucional México). Miembro del Consejo Asesor del Anuario IberoAmericano de Justicia Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid. Ex-Diretor da Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Membro da Academia Pernambucana de Letras Jurídicas. Fundador da Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democráticos. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados de Pernambuco. Membro do Instituto Pimenta Bueno – Associação Brasileira dos Constitucionalistas. Professor Orientador Visitante do Programa de Pós-Graduação em Ciências da Saúde, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, conforme aprovação do Colegiado, em 31 de maio de 2001. Juiz Federal do Trabalho (aposentado). Vice-Presidente da Comissão de Precatórios Judiciais da OAB, Secção de Pernambuco. Advogado e Parecerista.

2 GALTUNG, Johan. *Direitos Humanos* – Uma nova perspectiva. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

3 DOUZINAS, Costa. *O fim dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Unisinos, 2009.

4 FLORES, Joaquim Herrera. *A (re)invenção dos Direitos Humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

5 NALINI, José Renato. A ideologia dos Direitos Humanos. In: DONNINI, Rogério e CARRAZZA, Roque Antônio (Coords.). *Temas atuais de Direito* – Academia Paulista de Direito. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 263-264. Vale de logo adiantar que a fundamentação que se dê aos Direitos Humanos estará no âmbito do plano ideológico...

6 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionais, 2001. p. 173 e s. Há uma edição brasileira com tradução de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 180 e s. Para facilitar o acesso dos que nos lerem, as referências serão feitas com base na tradução brasileira.

7 *alexy, r*obert. *Teoría*, cit., p. 181.

8 ALEXY, Robert. *Teoría*, cit., p. 183.

9 ALEXY, Robert. *Teoría*, p. 184.

10 PECES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales* – Teoría General. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1995. p. 21-38. Itálico nosso.

11 *peces-barba,* Gregorio. *Curso*, cit., p. 22. Itálicos nossos. Vale a leitura integral do capítulo pelas ricas informações que possui.

12 BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos.* Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p. 9. Itálico nosso.

13 BONAVIDES, Paulo. A nova universalidade dos Direitos Fundamentais. *Nomos - Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 9/10 n. 1/2, 1990/91. p. 2.

14 BONAVIDES , Paulo. *Curso de Direito Constitucional* (*A teoria dos Direitos Fundamentais).* 24. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 560 e s. Tendo em vista que neste texto há como dissemos algumas alterações, utilizaremos nas citações o que está escrito no *Curso*.

15 BONAVIDES, Paulo. *Nomos*, p. 2; *Curso,* p. 560-561.

16 BONAVIDES, Paulo. *Nomos*, p. 4; *Curso*, p. 563. A referência aqui a apenas três gerações é logo completada pelo autor cearense ao fazer referência, neste mesmo capítulo, a *Direitos de Quarta Geração*, enquanto dedica o capítulo seguinte aos *Direitos de Quinta Geração* (Cap. 17, p. 579-593). Adiante, ao tratarmos da formação histórica da Teoria dos Direitos Individuais, voltaremos ao assunto.

17 Destaques nossos.

18 CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 369. Negrito no original.

19 Sobre o tema, consultem-se: AGUILÓ, Josep. *La Constitución del Estado Constitucional*. Bogotá: Temis, 2004; ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; ARTOLA, Miguel. *Constitucionalismo en la historia*. Barcelona: Crítica, 2005; ASENSI SABATER, José. *La época constitucional*. Valencia: Tirant lo blanch alternativa, 1998; BARBERA, Augusto (a cura di). *Le basi filosofiche del costituzionalismo*. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale. Roma: Editori Laterza, 2004; BERNAL PULIDO, Carlos. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2006; CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s).* Madrid: Editorial Trotta, 2003; CARBONELL, Miguel (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo.* Madrid: Editorial Trotta, 2007; CARMONA Y CHOUSSAT, Juan Francisco. *Constituciones: Interpretación Histórica y Sentimiento Constitucional*. Cuatro ensayos sobre la organización política. Navarra: Editorial Aranzadi, 2004; CIANCIARDO, Juan (Coord.). *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*. Una aproximación interdisciplinaria. Buenos Aires: Depalma, 2006; CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Directo e Justiça Distributiva*. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999; COELHO, Luiz Fernando. *Direito Constitucional e Filosofia da Constituição*. Curitiba: Juruá Editora, 2006; DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico.* Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-positivo. São Paulo: Método, 2006; DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coords.). *Teoria do Direito Neoconstitucional. Superação ou reconstrução do Positivismo Jurídico?* São Paulo: Método, 2008; DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*. As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006; GIL DOMINGUEZ, Andrés. *Neoconstitucionalismo y Derechos Colectivos*. Buenos Aires: EDIAR, 2005; GIUSEPPE GRASSO, Pietro. *El problema del constitucionalismo después del Estado Moderno*. Madrid: Marcial Pons, 2005; J. GÓMEZ, Ricardo. *Neoliberalismo y Seudociencia*. Buenos Aires: Lugar Editorial, 1995; JIMENEZ ASENSIO, Rafael. *El Constitucionismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho Constitucional*. 2. ed. rev. e ampl., Madrid: Marcial

Pons, 2003; LINDE PANIAGUA, Enrique. *Constitucionalismo Democrático (o los hombres en el centro del sistema político)*. Madrid: Colex, 2002; MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo.* A Invasão da Constituição. São Paulo: Editora Método, 2008; PEREIRA MENAUT, Antônio-Carlos. *Rule of Law* o Estado de Derecho. Madrid: Marcial Pons, 2003; SANZ MORENO, José Antonio. *Ordenación jurídica y Estado postliberal*: Hans Kelsen y Carl Schmitt. Granada: Colmares, 2002; SASTRE ARIZA, Santiago. *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*. Madrid: McGraw-Hill, 1999; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. *O Poder Reformador na Constituição Brasileira de 1988 e os limites jurídicos das reformas constitucionais*. São Paulo: RCS, 2006; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A Constitucionalização do Direito*. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; VIEIRA, José Ribas (Coord.). *Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y Constitución*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

20 VALE, André Rufino do. *Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais.* Repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 21-23.

21 Veja nosso estudo *A pós-modernidade como novo paradigma e a teoria constitucional do processo.* Recife: texto divulgado apenas para debate dos alunos na disciplina Direito Processual Constitucional, Faculdade de Direito do Recife, 2009.

22 Em razão desta característica, uma completa análise de qualquer sistema jurídico terá de levar em conta seus condicionamentos históricos, o que já vem sendo feito até pelo ensino da Filosofia. Neste sentido, veja ALFONSO RUIZ MIGUEL, *Una filosofia del derecho en modelos históricos de la antiguedad a los inícios del constitucionalism* (Madrid: Trotta, 2002). A propósito, justificando sua metodologia, afirma o autor que “ese enfoque (histórico)... reside, sencillamente, en la convicción de la importancia de la perspectiva histórica para una cabal compreensión de los problemas de los que se ha ocupado siempre la Filosofia del Derecho” (*Una filosofia*, cit., Presentación, p. 11).

23 Algumas posições filosóficas apontam (como é o caso de MIGUEL REALE) para um *Tridimensionalismo do Direito,* vendo-o como *Fato, Valor e Norma*.

24 Veja nossa *Teoria do Estado Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

25 Ver DANTAS, Ivo. *Poder constituinte e revolução* – Breve introdução à teoria sociológica do Direito Constitucional. 2. ed. Bauru: Editora Jalovi, 1986 (esgotado).

26 Veja-se, a propósito, o texto de OSCAR VILHENA VIEIRA. *Realinhamento constitucional*, In: SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord.), *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 15-48. Igualmente, SÍLVIO DOBROWOLSKI (Org.), *A constituição no mundo globalizado*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000 e ADROALDO LEÃO e RODOLFO PAMPLONA FILHO (Coord.). *Globalização e Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002; AA.VV. *La globalización y el orden jurídico*. Reflexiones contextuales. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia; BERIAIN, Íñigo de Miguel. *El poder en la era de la globalización.* Análisis de una metamorfosis. Granada: Comares, 2008; DANTAS, Ivo. *Direito constitucional econômico brasileiro*. Constitucionalismo & Globalização. Curitiba: Juruá, 1999.

27 SABATER, José Asensi. *La época constitucional*. Barcelona: Tirant lo blanch, 1998. p. 215.

28 SABATER, José Asensi. *La época,* cit., p. 215-216.

29 SABATER, José Asensi. *La época*, cit., p. 216.

30 SABATER, José Asensi. *La época, cit.,* p. 15-17.

31 In: DEL CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (Editores). *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía.* Algunos efectos en América Latina y en Europa. Universidad de Alicante, 2000. Os textos citados estão na *Primeira Parte:*

Marco General, p. 23.

32 DEL CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (Editores). *Constitucionalismo,* cit., p. 23-24.

33 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Pós-Modernismo jurídico.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 16-17.

34 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Pós-Modernismo,* cit., p. 117-118.

35 *Decreto n. 6.041, de 8 de fevereiro de 2007* – Institui a Política de Desenvolvimento da Biotecnologia, cria o Comitê Nacional de Biotecnologia e dá outras providências; *Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005* – Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal; *Lei n. 10.814, de 16 de dezembro de 2003* – Estabelece normas para a comercialização da produção de soja geneticamente modificada da safra de 2004, e dá outras providências; *Decreto n. 2.268, de 30 de junho de 1997* – Regulamenta a Lei *n.* 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências; *Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997* – Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.

36 Vale referir-se ao fato de que, em razão desta mudança de paradigmas, os autores costumam fazer sérias críticas ao modelo descartesiano, sem que nenhuma voz se levante em sua defesa, ou seja, pelo menos à primeira vista, esquecem a contribuição dada pelo referido autor à evolução da Metodologia e da Epistemologia.

37 A propósito, BRANDÃO, Dênis M. S. e CREMA, Roberto. *O novo paradigma holístico*. Ciência, Filosofia, Arte e Mística. São Paulo: Summus, 1991; principalmente, o capítulo 2, WEIL, Pierre. *O novo paradigma holístico.* Ondas à procura do mar*,* p. 14-38.

38 Sobre o *Biodireito Constitucional* como *subsistema,* veja capítulo em nosso livro *Constituição & Processo – Introdução ao Direito Processual Constitucional*. 2ª edição ampliada, revista e atualizada pelas Leis n. 11.417, de 19.12.2006 e n. 11.418, de 19.12.2006 (Repercussão geral no Recurso Extraordinário e Súmula Vinculante). Curitiba: Juruá Editora, 2007.

Em relação ao *subsistema econômico*, estamos preparando uma nova edição de nosso livro *Direito constitucional econômico brasileiro.* Constitucionalismo & Globalização. Curitiba: Juruá Editora, 1999. Sob a forma de artigo, veja O Econômico e o Constitucional, *Revista de Direito Administrativo*, Renovar, jan./mar. 1995, vol. 200.

39 Muito proveitosa será a leitura do livro de LYNN HUNT intitulado *A invenção dos Direitos Humanos* – Uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

40 Edição brasileira, Livraria Agir Editora, 1966, p. 33.

41 Destaque nosso.

42 Publicado no livro *O Estado de Direito*. São Paulo: RT, 1980. p. 319.

43 BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*. Do Mandado de Segurança Individual. São Paulo: Saraiva, 1989. v. I. p. 4-5.

44 PINTO FERREIRA, em artigo intitulado *Mandado de Segurança e seus Subsídios Históricos*, chega a afirmar que “os direitos da pessoa humana têm uma *sacramentalidade* acima do Estado” (*Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco*, Recife, 2 (2): 11-26, 1985. A citação encontra-se na p. 11. Itálico nosso.)

45 In: *Primeiras Jornadas Brasileiras de Direito Natural,* ob. cit., p. 11-12.

46 Reproduzido no livro *Direito Natural / Direito Positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 3.

47 SICHES, Recásens. *Tratado General de Filosofía del Derecho.* México: Porrúa, 1970. p. 552.

48 RÁO, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos.* São Paulo: Max Limonad, 1960. v. 1, Tomo I, p. 75-76.

49 SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange. *Sociologia do Direito*. São Paulo: LTC/EDUSP, 1981. p. 101-103.
50 GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico.* São Paulo: RT, 1981. p. 4-5.
51 SCHMITT, Carl. *Legalidad y Legitimidad.* Madrid: Aguillar, 1971. p. XXVIII.
52 GALVÃO DE SOUZA, J. P. *Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito.* São Paulo: RT, 1977. p. 4-5.
53 Cf. GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. p. 45.
54 Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.
55 Leitura obrigatória é o livro de HUNT, Lynn. *A invenção dos Direitos Humanos*: Uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, sobretudo em razão de informações históricas trazidas pelo autor quando trata das expressões *os direitos humanos* e *os direitos do homem* (p. 20 e s.).
56 Vale observar que quando os textos constitucionais contemporâneos consagram os denominados *Direitos Econômicos e Sociais*, estes não se resumem a mera promessa (= normas programáticas), mas sim, são plenamente exigíveis por meio de *Políticas Públicas* ou *Decisões Judiciais*. Neste sentido, além de muitos outros, ver: V. NAGIBE DE MELO NETO, Jorge. *O Controle Jurisdicional das políticas públicas. Concretizando a Democracia e os Direitos Sociais Fundamentais*. Salvador: Jus Podivm, 2008; J. KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um Direito Constitucional 'Comparado'.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002); GARCIA Emerson (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002); SELLA, Adriano. *Ética da Justiça*. São Paulo: Paulus, 2003; ABRAMOVICH, Victor Y COURTIS Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles.* Madrid: Trotta, 2002; DAMIÃO DE LIMA TRINDADE, José. *História social dos Direitos Humanos.* São Paulo: Petrópolis, 2002.
Sobre a *Teoria da reserva do possível,* ver: JUNIOR, Dirley da Cunha, *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed., rev. ampl. e atual. até a EC 56/2007. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 714-723; SCAFF, Fernando Facury. *Sentenças Aditivas, Direitos Sociais e Reserva do Possível*. In: COSTA, Paulo Sérgio Weyl A. *Direitos Humanos em concreto*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 89-115. Ver ADPF n. 45.
57 GRECO FILHO, Vicente. *Os Direitos Individuais e o Processo Judicial.* São Paulo: Atlas, 1977. p. 22.
58 SODER, José. *Os Direitos do Homem.* São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960. p. 16-17.
59 HORTA, Raul Machado. Os Direitos Individuais na Constituição. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, 1977, n. 55. p. 21.
60 Destaques nossos.
61 GRECO FILHO, Vicente. *Os Direitos*, cit., p. 23.
62 VERCHER, Roberto Garcia de; MARQUESAN, Geraldo Laguens. *Política y Derecho* (Introducción al Derecho Constitucional Español y Comparado). Madrid: 1969. p. 227.
63 Sobre o *sistema inglês*, ter-se-á uma boa ideia com a bibliografia a seguir: ALDER, John. *Constitutional & administrative law*. 2. ed. The Macmillan Press Ltd., 1994; ALLEN, Carleton Kemp. *Las fuentes del derecho inglés*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1969; ANCEL, Marc. *La `common law´ d'Angleterre*. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1927; ARRUDA, José Jobson de Andrade. *A Revolução Inglesa*. São Paulo: Brasiliense, 1999; CANNATA, Carlo Augusto. *História de la ciencia jurídica europea*. Madrid: Tecnos, 1996, especialmente, cap. XIII - "La transformación del *Common Law* y de la *Equity* en Inglaterra" (p. 208-237. Att: na Conclusão faz um paralelo entre o *Common Law* e o *Civil Law*); BAGEHOT, Walter. *The English Constitution.* New York: Cornell University Press,

1963; BAGEHOT, Walter. *La Costituzione inglese*. Milano: Società Editrice il Mulino, 1995; BARENDT, Eric. *An introduction to constitutional law.* London: Oxford University Press, 1998; BARNETT, Hilaire. *Constitutional & administrative law.* London: Cavendish, 1996; BEALE, Andrew. *Essential constitutional law.* London: Cavendish, 1994; BLAIR, Tony. *Minha visão da Inglaterra*. Brasília: Linha Gráfica, 1998; CADART, Jacques. *Régime électoral et régime parlementaire en Gran Bretagne*. Paris: Armand Colin, 1948; CARPIZO, Jorge. *Lineamientos constitucionales de la commonwealth*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1971; CARVALHO, João Soares. *Em volta da Magna Carta* – Textos originais, tradução e estudo. Lisboa: Inquérito, 1993; CARVALHO, Orlando M. *O mecanismo do governo britânico*. Belo Horizonte: Os Amigos do Livro, 1943; CHURCHILL, Winston S. *História dos povos de língua inglesa.* Vol. I - Berço da Inglaterra. São Paulo: IBRASA, 2005; CRISCUOLI, Giovanni. *Introduzione allo studio del diritto inglese* – Le Fonti. Milano: Giuffrè, 1994; CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. Oxford: Clarendon, 1991; RUA Júlio Cueto. *El "Common Law"* – Su estructura normativa – su Enseñanza. Buenos Aires: La Ley, 1957; LOLME Jean Louis de. *Constitución de Inglaterra*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1992; MOZOS, José Luis de los. *Derecho Civil* – Métodos, sistemas y categorias jurídicas. Madrid: Civitas, 1988 (especialmente, p. 189-210); CASTIELLA, Iñigo del Guayo. *Judicial review y justicia cautelar*. Madrid: Marcial Pons, 1997; DELL'AQUILA, Enrico. *Introducción al estudio del derecho ingles*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1992; DHUICQ, Bernard, FRISON, Danièle. *L´anglais juridique.* The english and american legal systems. Principes, procédures et institutions juridiques GB / US. Paris: Pocket – Langues pour tous, 1993; DICEY, A. V. *Introduction to the study of the law of the Constitution*. 8. ed. London: Liberty Fund, 1982; FENWICK, Helen. *Constitutional & administrative law*. 2. ed. London: Cavendish, 1995; IRIBARNE, Manuel Fraga. *El Parlamento Britanico* – Desde la ´Parliament Act´de 1991. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1960; PASTOR, Jesús Angel Fuentetaja; GUILLÉN, Javier Caramés. *La regeneración de la administración pública en Gran Bretaña*. Madrid: Civitas, 1996; GELDART, William. *Introduction to english law*. London: Oxford University Press, 1995; HILL, Christopher. *A Revolução Inglesa de 1640*. 3. ed. Lisboa: Presença, 1985; HOGAN, Greer. *Constitutional & administrative law*. 4. ed. London: Sweet & Maxwell, 1996; ZÁRATE, José Humberto; GARCIA, Ponciano Octávio Martínez, y RUIZ, Alma de Los Ángeles Ríos. *Sistemas jurídicos contemporáneos*. México: Mc Graw Hill, 1997; SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente en el common law.* Madrid: Civitas, 1995; JAMES, Philip. *Introducción al derecho inglés*. Bogotá: Temis, 1996; JÁUREGUI, Carlos. *Generalidades y peculiaridades del sistema legal inglés*. Buenos Aires: Depalma, 1990; LEE, R. G. & STALLWORTHY, M. *Constitutional & administrative law*. 4. ed. London: Blackstone, 1995; LERUEZ, Jacques. *Les Institutions du Royaume-Uni*. Paris: Documents d´études, n. 1.03, 1999; RODRÍGUEZ, Miguel Ángel Martínez. *La cuna del liberalismo.* Las revoluciones inglesas del siglo XVII. Barcelona: Editorial Ariel, 1999; MATTEI, Ugo. *Il modello di Common Law.* Torino: G. Giappichelli, 1996; MAUROIS, André. *História da Inglaterra*. São Paulo: Irmãos Pongetti, 1959; TREVELYAN, George McCaulay. *A Revolução Inglesa*. Brasília: UnB, 1982; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional* - Tomo I. Preliminares. O Estado e os Sistemas Constitucionais. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996; NOBLET, Albert. *A democracia inglesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1963; NOBLET, Albert. *La democracie anglaise*. Paris: Delegrave; OAKLAND, John. *British Civilization* – An Introduction. 3. ed. London: Routledge, 1995; OSTRENSKY, Eunice. *As revoluções do poder*. São Paulo: Alameda, 2005; PEREIRA, Menaut. *El ejemplo constitucional de Inglaterra*. Madrid: Servicio publicaciones Faculdad Derecho – Universidad Complutense, 1992; RADBRUCH, Gustav. *Lo spirito del diritto inglese*. Milano: Giuffrè, 1962;

RADBRUCH, Gustav. *El espíritu del Derecho Inglés*. Madrid: Revista de Occidente, 1958; REIS, Palhares Moreira. *Instituições políticas da Grã-Bretanha* – Parte I – Introdução. Recife: Boletim do Instituto de Ciências Políticas e Sociais, Ano I, número especial, 1960; PINTER, José Júlio Santa. *Sistema del derecho anglosajón* – Análisis esquemático. Buenos Aires: Depalma, 1956; SCARMAN, Lorde Leslie. *O direito inglês* – Nova dimensão. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1978; SÈROUSSI, Roland. *Introdução ao Direito inglês e norte-americano*. São Paulo: Landy, 2001; SÈROUSSI, Roland. *Introduction aux Droits Anglais et Américain*. 2. ed. Paris: Dumond, 1999; ROLAND SÈROUSSI, *Introducción al Derecho Inglés y norteamericano*. Barcelona: Ariel, 1998; SOARES, Fernando Silva. *Common law.* Introdução ao Direito dos EUA. São Paulo: RT, 1999; SUTHERLAND, Arthur. *De la Carta Magna a la Constitución norteamericana.* Ideas fundamentales sobre Constitucionalismo. Buenos Aires: Tea, 1972; TREVELYAN, G. M. *La Revolución Inglesa* – 1688-1689. México: Fondo de Cultura Económica, 1996; VIANA, Victor. *A Constituição Ingleza.* O Liberalismo e os partidos políticos. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio, 1933; WADE, E. C. S and BRADLEY, A. W. *Constitutional & administrative law 5. impression*. London: Longman, 1995; WOODWARD E. L. . *História de Inglaterra*. Madrid: Alianza, 1996; WOODWARD E. L. *Uma História da Inglaterra*. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.

64 VERCHE; MARQUESAN. *Política*, cit., p. 228. Itálico nosso.

65 HORTA, Machado. Os Direitos, cit., p. 22.

66 Destaque nosso.

67 Adiante-se, de logo, que para nós os *direitos sociais* são *direitos individuais*, apenas variando a óptica pela qual devem ser vistos.

68 *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Brasília; a. 22, n. 91, jul.-set., 1982. p. 41.

69 RUSSOMANO, Rosah. Dos Direitos Sociais e do seu perfil na nova Constituição. *Revista Forense*. São Paulo, v. 304, p. 191.

70 FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva. p. 49-50.

71 Destaque no original. A expressão "*direitos de crédito*", o A. toma emprestada de RIVERO, no livro *Libertés Publiques*. Há uma edição brasileira da obra. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

72 DURET. cit., p. 377.

73 ESTAY, José Ig. Martínez. *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Humanos.* Barcelona: Cedecs, 1997. p. 27-28.

74 Itálico nosso. Em seguida, ESTAY, Martinéz, citando vários autores, faz referência ao fato de que estes identificaram na Constituição francesa de 1791 e na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Constituição francesa de 1793 a origem do reconhecimento dos direitos sociais.

75 GARRIDO, Diego López. Valor constitucional, concepto y evolución de los Derechos Humanos. In: GARRIDO, Diego López; FCO Marcos; GARROTE, Massó; PEGORARO, Lucio (Coords.). *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*. Barcelona: Tirant lo blanch, 2000. p. 162 e s.

76 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantias* – La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999. p. 40. Destaques nossos. Vale anotar que FERRAJOLI, Luigi é o expoente máximo da *Teoria do Garantismo*, exposta, sobretudo, em seus livros *Direito e razão. Teoria do garantismo penal* (São Paulo: RT, 2002) e no citado *Derechos y garantias – La ley del más débil*. Dentre outros temas, no primeiro, o autor trata das *Garantias penais e processuais* e da *Tipologia dos sistemas punitivos* (p. 73-82), enquanto no segundo analisa a *Crisis del derecho y crisis de la razón jurídica. El modelo garantista*,

oportunidade em que aponta a *Crisis de la legalidade*, a *Crisis del Estado social* e a *Crisis del Estado nacional* como os três aspectos desta crise. Ainda: *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2001) e *El Garantismo y la Filosofia del Derecho*. Primera reimpresión. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

Ver ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*. Florianópolis: Habitus, 2002), no qual, sobretudo no capítulo 3, o autor analisa interessantes temas como *O crime de porte de arma apreendida na residência do agente; O aborto por má formação do feto* e *A concessão de liminares contra o Estado e o Direito à saúde;* ROSA, Alexandre Morais da. *O que é garantismo jurídico?* (Teoria geral do Direito. Florianópolis: Habitus, 2003); COELHO, Edihermes Marques. *Direitos Humanos, globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003), principalmente, o capítulo 5, *O garantismo como teoria jurídica adequada à efetivação dos Direitos Humanos*.

77 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos*, cit., p. 40-41.

78 No início do estudo, fizemos a seguinte observação com relação a PAULO BONAVIDES, que aqui vai repetida para efeitos de facilitação do raciocínio: “A referência aqui a apenas 3 gerações, é logo completada pelo autor cearense ao fazer referência, neste mesmo capítulo, a *Direitos de quarta geração*, enquanto que dedica o capítulo seguinte aos *Direitos de quinta geração”* (Cap. 17, p. 579-593).

79 *BONAVIDES, Paulo. Curso*, cit., p. 563-564.

80 *BONAVIDES, Paulo. Curso*, cit., p. 564.

81 *BONAVIDES, Paulo. Curso*, cit., p. 564.

82 *BONAVIDES, Paulo. Curso*, cit., p. 569.

83 BONAVIDES. Art. cit., p. 11.

84 *BONAVIDES, Paulo. Curso*, cit., p. 571.

85 *BONAVIDES, Paulo. Curso*, cit., p. 572.

86 Refere-se BONAVIDES ao IX Congresso Ibero-Americano e VII Simpósio Nacional de Direito Constitucional, patrocinado pela Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba (PA), 14-11-2006, do qual participamos com exposição sobre o tema *Reforma Política e Fidelidade Partidária*.

87 *BONAVIDES, Paulo. Curso*, cit., p. 582-583.

88 BOBBIO, Norberto. *A Era*, cit., p. 24.

89 Sobre a expressão *Ideologia Constitucional*, ver WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA, *Teoria da Constituição Econômica* (Belo Horizonte: Del Rey, 2002); *Direito Econômico* (São Paulo: Saraiva, 1980); e *O Direito Econômico no discurso constitucional* (Belo Horizonte: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 60-61. p. 271 e s.) e IVO DANTAS, *Do poder de reforma como garantia da supralegalidade constitucional* (Belo Horizonte: Mimeo, 1990). Trabalhando o tema, MARIA ISABEL MEUNIER FERRAZ (Faculdade de Direito do Recife, 2009) escreveu monografia sob o título *A ideologia da tutela coletiva na Constituição de 1988:* os princípios constitucionais norteadores, de cuja arguição participamos e sugerimos sua publicação em revista especializada.

90 KRETSCHMANN, Ângela. *Universalidade dos Direitos Humanos e diálogo na complexidade de um mundo multicivilizacional.* Curitiba: Juruá, 2008.

91 Nossa preocupação neste artigo é limitada aos *Direitos Humanos*. Para maiores informações, veja nosso livro *Direito Constitucional Comparado* – Introdução. Teoria e Metodologia (2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006), especialmente, os capítulos 4 e 5, intitulados, respectivamente, *Sistemas jurídicos e Direito Comparado* e *As denominadas famílias de Direito. Civil Law e Common Law. Semelhanças e dessemelhanças*.

92 A escolha foi em razão da aparente dificuldade de encontrar-se material para estudos.

93 SOUSA João Silva de. *Religião e Direito no Alcorão.* Lisboa: Estampa, 1986. p. 19-20.
O sistema jurídico muçulmano está assentado no Alcorão, do qual existe uma tradução brasileira de autoria de MANSOUR CHALLITA (Rio de Janeiro: Associação Cultural Internacional Gibran, s/d), e na qual é discutida a própria denominação *Alcorão* ou *Corão*, preferindo a primeira. Veja ainda: HAYEK, Samir el (trad). *O significado dos versículos do Alcorão Sagrado com comentários*. 11. ed. São Paulo: MarsaM, 2001; OLIVEIRA, Paulo Eduardo. *Para compreender o Islã e os muçulmanos*. Niterói: Heresis, 2001; BURGAT, François. *L'islamisme en face*. Paris: La Découverte, 1996; FARAH, Paulo Daniel. *O Islã*. São Paulo: PubliFolha, 2001; MERAD, Ali. *El Islam Contemporáneo*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001; JACONO, Cladio Lo. *Islamismo*. São Paulo: Globo, 2002; ALTOÉ, Adailton. *O Islã e os Muçulmanos*. Petrópolis: Vozes, 2003; HADDAD, Jamil Almansur. *O que é Islamismo*. 4. ed. 1. reimpr., São Paulo: Brasilense, 2000; SOURDEL, Dominique et SOURDEL-THOMINE, Janine. *Vocabulaire de L'Islam*. Paris: Puf, 2002; BURLOT, J. *A Civilização Islâmica*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1992; DEMANT, Peter. *O Mundo Muçulmano*. São Paulo: Contexto, 2004; DON BELT (Org.). *O Mundo do Islã*. National Geographic Brasil, s/d; JOMIER, Jacques. *Islamismo. História e Doutrina*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

94 Para maiores considerações sobre o tema *Sistema Jurídico Muçulmano*, veja: BRIEUX, Pablo Mandirola. *Introducción al Derecho Islámico*. Madrid: Marcial Pons, 1998; MAMEDE, Suleiman Valy. *O Islão e o Direito Muçulmano*. Lisboa: Castilho, 1994 (Coleção Jurídica); BLANC, François-Paul. *Le Droit Musulman.* Paris: Dalloz, 1995; ORTIZ, P. José López. *Derecho Musulmán*. Barcelona: Labor, 1932; COULSON, Noel J. *Historia del Derecho Islámico*. Barcelona: Bellaterra, 1998; AL-QAYARAWANI, Ibn Abi Zayad. *Compendio de Derecho Islámico*. Madrid: Trotta, 1993; JUYNBOLL, TH. W. *Manuale di Diritto Musulmano*. Milano: Casa Editrice Dotto Francesco Vallardi, s/d; MORÊZ, Francielli. *Introdução ao Direito Islâmico.* Evolução histórica, aspectos dogmáticos e elementos de inserção social. Curitiba: Juruá, 2008.

95 MUZAFFAR, Chandra. Islã e direitos humanos. In: BALDI, César Augusto. *Direitos Humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 310-311; Ver ainda: JERÓNIMO, Patrícia. *Os Direitos do homem à escalada das civilizações.* Proposta de análise a partir do confronto dos modelos ocidental e islâmico. Coimbra: Almedina, 2001; BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos* – Paradoxos da civilização. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

96 Vale lembrar que existe uma *Declaração Universal Islâmica.* Londres: Conselho Islâmico da Europa, 1981.

97 Os "princípios" a que se refere o autor são, exatamente, os mencionados na citação acima.

98 MUZAFFAR, Chandra. Islã, cit., p. 312-313.

99 MUZAFFAR, Chandra. Islã, cit., p. 313.

100 MUZAFFAR, Chandra. Islã, cit., p. 313-314.

101 MUZAFFAR, Chandra. Islã, cit., p 314-315.

102 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. Tomo IV – *Direitos Fundamentais*. p. 33-34. Itálicos nossos.

103 CARVALHO, Júlio Marino de. *Os Direitos Humanos no tempo e no espaço*. Brasília: Jurídica, 1998, cap. III.

104 CARVALHO, Júlio Marino de. *Os Direitos*, cit., p. 156. O resumo da Carta (Beirute, 2 a 10 de dezembro de 1968) se encontra às p. 155-156.

105 Sobre documentos referentes aos *Direitos Humanos*, consulte os livros (já referidos) de CARLOS WEIS, FÁBIO COMPARATO e ALMIR DE OLIVEIRA, dentre outros. Na internet, de grande valia é a consulta ao *site* do Gabinete de Documentação e Direito

Comparado (Portugal) no seguinte endereço: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/index-dh.html/>.

106 Ver, a propósito, nosso livro *Direito Constitucional Econômico* – Globalização & Constitucionalismo. Curitiba: Juruá, 1999.

107 Para maiores aprofundamentos sobre o *sistema constitucional francês*, consulte, dentre muitos outros, os seguintes: HAURIOU, Maurice. *Princípios de Derecho Público y Constitucional*. Madrid: Instituto Editorial Reus, s/d.; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional* – Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1996; MORABITO, Marcel; BOURMAUD, Daniel. *Histoire constitutionnelle et politique de la France (1789-1958)*. 3. ed. Paris: Montchrestien, 1993; HAURIOU André. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Barcelona: Ariel, 1970; HAURIOU, André. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 5. ed. Paris: Montchrestien, 1978; BARTHÉLEMY, Joseph. *Précis de droit constitution-nel*. Paris: Librairie Dalloz, 1936; CARCASSONE, Guy. *La Constitution*. Paris: Seuil, 1996; BARRILLON, R.; BÉRARD, J. M.; BÉRARD, M. H.; DUPUIS, G.; CABANE, A. Grangé.; POURHIET, A. M. Le Bos-Le.; MÉNY, Y. *Dictionaire de la Constitution*. 4. ed. Paris: Éditions Cujas, s/d; BURDEAU, Georges. *Manuel de droit constitutionnel* par Francis Hamon / Michel Troper. 21. ed. Paris: LGDJ, 1988; BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. Paris: LGDJ; BURDEAU, Georges. *O Poder Executivo na França*. Belo Horizonte: Edição Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961; BURDEAU, Georges. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: LGDJ, 1974; PRÉLOT, Marcel et BOULOUIS, Jean. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Paris: Dalloz, 1972; LAVROFF, Dmitri-Georges. *Le système politique français*. Paris: Dalloz, 1975; ARDANT, Philippe. *Institutions politiques & droit constitutionnel*. Paris: LGDJ, 1993; DUVERGER, Maurice. *Instituciones politicas y Derecho Constitucional*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962; DUVERGER, Maurice. *Os grandes sistemas políticos*. Coimbra: Almedina, 1985; DESBASCH, Charles. PONTIER, Jean-Marie. BOURDON, Jacques et RICCI, Jean-Claude. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 3ª édition augmentée et corrigé, Paris: Economica, 1990; TURPIN, Dominique. *Droit constitutionnel*. Paris: Puf, 1992; PACTET, Pierre. *Institutions politiques* – Droit Constitutionnel. 13. ed., Masson, 1994; GIECQUEL, Jean. *Droit constitutionnel et institutions politiques.* Montchrestien, 1987; CHANTEBOUT, Bernard. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 7. ed. Armand Colin, 1986; DUHAMEL, Olivier. *Le pouvoir politique en France. Droit constitutionnel, 1*. Paris: Puf, 1991; DUHAMEL, Olivier. *Droit constitutionnel et politique*. Paris: Seuil, 1994; LUCHAIRE, François et CONAC, Gérard. *La Constitution de la République Française*. Paris: Economica, 1987, 2 tomes; DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. 2ª édition en cinq volumes, Paris: Cujas, s/d; VÁRIOS, *Droit, Institutions et Systèmes Politiques. Mélanges en hommage à Maurice Duverger*. Paris: Puf, 1987; VEDEL, Georges. *Droit constitutionnel*. Sirey, 1949; CRAVERI, Piero. *Genesi di una Costituzione.* Libertà e Socialismo nel dibattito costituzionale del 1848 in Francia. Napoli: Guida, 1985; AZAR, Antoine. *Genèse de la Constitution du 4 Octobre 1958* – Solution Gaulliste a la Crise du Pouvoir. Paris: LGDJ, 1961; MAUSS, Didier. *La Pratique Constitutionnel Française – 1 octobre 1989 – 30 septiembre 1990*. Paris: Puf, 1991; MAUSS, Didier. *Le Parlement sous le Va République*. Paris: Puf, 1988 (Col. Que sais-je?); TOURET, Denis. *L´élection Présidentielle au couer des institutions de la Va République*. Paris: Les Éditions d´ Organisation, 1994; LEGOHÉREL, Henri. *Histoire du Droit Publique Français des origines à 1789*. Paris: Puf, 1986 (Col. *Que sais-je?)*; CHALVIDAN, P. H. *Droit constitutionnel* – Institutions et Regimes Politiques. Éditions Nathan, 1986.

108 OSPITALI, Giancarlo. *Elementi di Diritto Pubblico.* Padova: CEDAN, 1962. p. 67-70.

109 Sobre o caráter rígido, vejam-se os arts. 138-139.

110 A matéria é tratada como *rapporti,* ou seja, *relações*.

111 Cf. QUINTANA, Segundo V. Linares. *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1977. v. 1, p. 263.

112 Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 293 del 27 dicembre 1947 ed entrada in vigore il l^{o} gennaio 1948.

113 O texto conta com a colaboração de ALFONSO DI GIOVINE, MARIO DOGLIANI, LEOPOLDO ELIA, JÖRG LUTHER, MASSIMO LUCIANI, GUIDO NEPPI MODONA, FRANCO PIZZETTI, STEFANO SICARDI e GUSTAVO ZAGREBELSTK (Milano: Il Saggiatore, 2001. p. 65).

114 Para mais informações sobre o *sistema constitucional italiano*, consulte, dentre outros, os seguintes livros: SER-RA, A. Padilla. La Costitución Italiana de 1947. In: AGESTA, L. Sanchez. *Curso de Derecho Constitucional comparado*. 5. ed. Madrid: Ediciones Universidad de Madrid, 1974; PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984; LAVAGNA, Carlo. *La Costituzione italiana commentata con de decisioni della Corte Costituzionale*. Turin: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1970; MORTATI, Costantino. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. Nona Edizione Rielaborata ed Aggiornata. Padova: Cedam, 1975; ROPPO, E.; SCAPARONE, M. *Principi Generali del Diritto e Diritto Pubblico*. Roma: Laterza, 1985; MUSSO, Enrico Spagna. *Diritto Costituzionale* – v. secondo - Ordinamento Costituzionale Italiano. Padova: Cedam, 1981; PERGOLESI, Ferruccio. *Diritto Costituzionale*. Seconda ristampa della quindicesima edizione. Padova: Cedam, 1972; BONINI, Francesco. *Storia Costituzionale della Repubblica* – Profilo e documenti (1948-1992). Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1993; PALLIERI, G. Balladore. *Diritto Costituzionale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1950; SPADOLINI, G.; ROGNONI, V.; BERETA, S.; LUCIANI, M.; MUSSELLI, L.; BETTINELLI, E.; VALIANI. L. *La Costituzione italiana quarant'Anni Dopo*. Milano: Giuffrè, 1989; OSPITALI, Giancarlo. *Elementi di Diritto Pubblico*. Padova: Cedam, 1962; CHIARELLI, Giuseppe. *La Costituzione Italiana*. Roma: Instituto Gráfico Tiberino, 1951; CATTANI, Luigi. *La Costituzione della Republica Italiana*. Edizioni Cetin, 1980; SERRANO, Nicolás Perez. *Tratado de Derecho Político*. Madrid: Civitas, 1976; QUINTANA, Segundo V. Linares. *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ed. Plus Ultra, 1977, v. 1; MARTINES, Temistocles. *Introduzione al Diritto Costituzionale*. Torino: G. Giappichelli, 1994; MARTINES, Temistocles. *Diritto Costituzionale*. Quarta Edizione riveduta e aggiornata. Giuffrè Editore, 1986; CRISAFULLI, Vezio e PALADIN, Livio (orgs.), *Commentario Breve alla Costituzione*. Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1990.

115 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* Coimbra: Almedina, 1987. p. 77.

116 MIRANDA, Jorge. *Manual*, cit., p. 128-130. Negrito no original.

117 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito*, cit., p. 411.

118 Indica-se a leitura de todo o texto de CANOTILHO, referente ao tema sob análise, porque o autor trata de assuntos que, em geral, não estão tratados em outros manuais.

119 ROYO, Javier Perez. *Curso de Derecho Constitucional.* 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 277-278.

120 ROYO, Javier Perez. *Curso*, cit., p. 278. Como nossa intenção ao fazer estas referências aos sistemas estrangeiros não foi a de analisá-los em detalhe, indicamos a leitura dos diversos textos constitucionais e de seus comentadores, a fim de que se tenha uma visão aprofundada e sistemática dos Direito e Garantias em cada sistema.

121 *BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria do Processo Constitucional:* uma breve visão pessoal. In: *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional* (XII tomos). Estudios en

homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, t. 1, Teoria general del derecho procesal constitucional. GREGOR, Eduardo Ferrer-Mac y DE LARREA, Arturo Zaldívar Leio (Coordinadores), México: UNAM, 2008. p. 361-405.
Ainda sobre nossa posição, veja BELAUNDE, Domingo García y BARRERA, Eloy Espinosa-Daldaña. Derecho Procesal Constitucional. In: *Encuesta sobre Derecho Procesal Constitucional*. México: Editorial Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006. p. 35-41.

122 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional.* Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 125-126.

123 Veja do mesmo autor, *O valor constitucional dos 'direitos de defesa':* jurisdição e constituição. *JP – Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD – UFMG*, Belo Horizonte, maio 2000, ano 2, n. 12. p. 5-6.

124 O autor não cita os demais remédios, em razão da data em que a obra foi escrita, 1984.

125 BELAUNDE, Domingo García. *Derecho Procesal Constitucional.* Bogotá: Editorial Temis, 2001. p. 1-2.

126 BELAUNDE, Domingo García. *Derecho*, cit., p. 2-3. No item 3, o autor tece considerações sobre *Los Orígenes del Nombre*, fazendo um levantamento bibliográfico bastante interessante.

127 DOMINGUEZ, Elvito A. Rodriguez. *Derecho Procesal Constitucional*. 2. ed. Lima: Grijley, 1999. p. 13-14. Itálicos no texto.

128 DOMINGUEZ, Elvito A. Rodriguez. *Derecho*, cit., p. 15.

129 DOMINGUEZ, Elvito A. Rodriguez. *Derecho*, p. 15. Observe-se que a posição do autor referido vai em sentido oposto àquele reconhecido pela doutrina, exatamente, ao consagrar um *Direito Constitucional do Trabalho*, um *Direito Civil Constitucional*, *Direito Econômico Constitucional etc*.

130 DOMINGUEZ, Elvito A. Rodriguez. *Derecho*, p. 16. Itálico no original.

131 DOMINGUEZ, Elvito A. Rodriguez. *Derecho*, p. 17.

132 SAGÜÉS, Nestor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional.* Buenos Aires: Astrea, 1989. 4 v. Nela o autor estuda os institutos do Direito Processual Constitucional, principalmente, o Recurso Extraordinário.

133 SAGÜÉS, Nestor Pedro. *Derecho*, cit., Tomo I, p. 4.

134 SAGÜÉS, Nestor Pedro. *Derecho*, p. 4.

135 DINAMARCO, Cândido R. *A Instrumentalidade do processo.* São Paulo: RT, 1987. p. 32.

136 BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 14.

137 SAGÜÉS, Nestor Pedro. Los desafios del Derecho Procesal Constitucional. In: BAZAN, Victor (Coord.). *Desafios del Control de Constitucionalidad*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996. p. 21-41.

138 SAGÜÉS, Nestor Pedro. Los desafios, cit., p. 23-24.

139 SAGÜÉS, Nestor Pedro. Los desafios, cit., p. 24. Destaques nossos. O texto é relativamente longo, mas de leitura bastante útil.

140 Em nota de rodapé, o autor faz referência a uma *jurisdicción constitucional parlamentaria* e indica a consulta a BISCARETTI DI RUFFIA, em seu Direito Constitucional.

141 SAGÜÉS, Nestor Pedro. Los desafios, cit., p. 25. Destaque nosso.

142 JUAN RAMÓN CAPELLA é autor de um livro com o título *Fruta Prohibida.* Una aproximación histórico-teorética al estúdio del derecho y del Estado (Madrid: Editorial Trotta, 1999). Há uma tradução brasileira *Fruto Proibido.* Uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002).

143 SAGÜÉS, Nestor Pedro. Los desafios, cit., p. 26.

144 SAGÜÉS, Nestor Pedro. Los desafios, cit., p. 26-27.

145 MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 1. ed. atual. Bookseller: 1997. v. I. p. 30-31. Itálicos nossos.

146 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 79.

147 DINAMARCO, Cândido R. *A Instrumentalização do Processo.* São Paulo: RT, 1987. p. 25.

148 ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 57.

149 ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria*, cit., p. 58-59.

150 ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria*, cit., p. 59.

151 MORELLO, Augusto Mario. *Constitución y proceso – L*a nueva edad de las garantías jurisdiccionales. Buenos Aires: Platense; Abeledo Perrot, 1998. p. 36.

152 PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas.* 3. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: RT, p. 73.

153 PACHECO, José da Silva. *O mandado,* cit., p. 73-74. Itálicos nossos.

154 In: *JP – Jornal da Pós-Graduação em Direito da FD – UFMG*. Belo Horizonte, jun. 2000, ano 2, n. 13. p. 6.

155 *Idem*, p. 6.

156 Texto enviado ao autor, via *e-mail*, em 18.09.2001, p. 16-17. Consulte-se, do mesmo autor, o livro *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

157 Itálico nosso.

158 Vale lembrar que com as Leis n. 9.868, de 10.11.99, e 9.882, de 03.12.99, ficou prevista a possibilidade de *efeitos ex nunc* e de *efeitos pro-futuro*.

159 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Proceso Constitucional en Brasil. In: GARCIA BELAUNDE, D.; FERNANDES SEGADO, F. (Coords.). *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamerica*. Madrid: Dykinson S. L, 1997. p. 441-442. Mais recentemente, OLIVEIRA Jublicou o trabalho *Teoria Geral do Processo Constitucional*, no livro *Estudos em Homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel* (São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 339-414), bem como em *Direito – Revista da Faculdade Mineira de Direito* (v. 2, n. 3 e 4, 1º e 2º Sem., 1999, p. 89-154).

160 CANOTILHO J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

161 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito*, cit., p. 955. Negritos no original.

162 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito*, cit., p. 956.

163 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito*, cit., p. 956.

164 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito*, cit., p. 957. Destaques no original.

165 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito*, cit., p. 957. Destaque no original.

166 In: artigo intitulado *Da inidoneidade da incidência de prazo decadencial em mandado de segurança – Compreensão do problema*. Inédito, texto fornecido pelo autor, p. 9-10.

167 LOPES, João Batista. *Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil. Revista de Processo.* São Paulo, RT, n. 119, ano 29, jul./ago. 2004, p. 29-39.

168 Artigo citado, p. 30. Mais adiante (p. 32), o Autor afirma: ... “fácil é perceber o risco da supervalorização dos princípios constitucionais do processo. Por exemplo, a sacralização do princípio do contraditório pode comprometer a efetividade do processo; a proibição absoluta das provas ilícitas pode manter na cadeia um inocente; interpretação literal do princípio da isonomia levaria a tratar igualmente pessoas capazes e deficientes físicos etc.

A supervalorização dos princípios constitucionais do processo acarreta também o risco de desprezar por completo a legislação processual como se todas as causas pudessem ser resolvidas com aplicação direta da Constituição. A invocação de princípios constitucionais não pode erodir normas técnicas e requisitos necessários ao desenvolvimento do processo (por exemplo, os prazos processuais não podem ser desprezados; as condições da ação (*rectius*, requisitos de admissibilidade do julgamento do mérito) não podem ser dispensadas; a exigência de prova escrita, na ação monitória, é inafastável etc.)" – conclui.

Na verdade, nenhum estudioso do *Direito Constitucional Processual* defendeu (pelo menos que tenhamos conhecimento a respeito) a desnecessidade da legislação infraconstitucional. O que sempre se defende é que as normas que a compõem, quando fundadas em princípio e/ou norma constitucional, não poderão ser relativizadas, mas, sim, consideradas, respeitadas e aplicadas em sua inteireza.

169 Artigo intitulado *Reflexiones sobre el Derecho Constitucional Procesal Mexicano*. Cf. FAVELA, artigo citado, p. 29.

170 BONAVIDES, Paulo. *Curso*, cit., p. 572.

171 Mais uma vez indicamos a leitura do livro de LYNN HUNT intitulado *A Invenção dos Direitos Humanos* – uma história (São Paulo: Companhia das Letras, 2009). Igualmente, MICHEL VILEY. *O direito e os direitos humanos.* (São Paulo: Martins Fontes, 2007).

172 Vale ressaltar que tais limites existem não só nas relações entre o Poder Público e Particulares, mas destes (particulares) entre si. A propósito, sobre o tema, a bibliografia já é bastante grande, pelo que indicamos: CANARIS, Claus Wihelm *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina. 2ª reimpressão da edição de julho de 2003; SARMENTO, Daniel *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008; CHEQUER, Cláudio *O Ministério Público e a promoção dos Direitos Fundamentais nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007; MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jörg e SARLET, Ingo *Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Uma perspectiva de Direito Comparado. Coimbra: Almedina, 2007; STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

173 A propósito, veja-se, com este título, o livro de GERMAN J. BIDAT CAMPOS, Buenos Aires: Ediar, 1996. Oportuna será a consulta ao *Dicionário Prático do Direito Humanitário* de autoria de FRANÇOISE BOUCHET-SAULNIER (Lisboa: Instituto Piaget, 2004). Além destes, há inúmeras obras voltadas para a Proteção Internacional dos Direitos Humanos, principalmente, sob a perspectiva do Direito Penal.

174 Ressalte-se que este modo de entender persiste mesmo naqueles instantes que denominamos *Direito Constitucional de Crise* ou *Legalidade Especial*, do que é exemplo a atual Constituição Brasileira de 1988, que mesmo prevendo os institutos do *Estado de Defesa* e do *Estado de Sítio* (arts. 136 a 141), apenas admite *restrições*, nunca *suspensão total* de sua presença, tal como analisamos em nosso livro *Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas na Nova Constituição (Direito Constitucional de Crise ou Legalidade Especial),* Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989.

175 SEGOVIA, Juan Fernando. *Derechos Humanos y Constitucionalismo.* Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 28.

176 SEGOVIA, Juan Fernando. *Derechos, cit.,* p. 29.

177 SEGOVIA, Juan Fernando. *Derechos, cit.,* p. 30-31.

178 SEGOVIA, Juan Fernando. *Derechos, cit.,* p. 31. Itálicos nossos.

179 Nesta linha de Direito inerente ao homem, entendemos o seu direito de participar da vida política como eleitor, admitindo apenas limitações "naturais" como idade e saúde

mental. Nesta linha, ainda como estudante do curso de Direito da Universidade Católica de Pernambuco, comparecemos como Tesista na *XV Semana Nacional dos Estudos Jurídicos*, patrocinada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, com o trabalho *Considerações Jurídico-Constitucionais sobre o Voto do Analfabeto*, aprovado por unanimidade e Menção Honrosa, Porto Alegre – 1967. O texto foi publicado pela UNICAPE em 1968, com Prefácio do Prof. PINTO FERREIRA defendia a posição mencionada.

180 GARRIDO, Diego López; GARROTE, Marcos Fco. Massó; PEGORARO, Lucio (Directores). *Nuevo Derecho Constitucional Comparado.* Barcelona: Tirant lo blanch, 2000. p. 157. Itálico nosso.

181 Sobre as denominadas *Revoluções Liberais*, veja: ARRUDA, José Jobson de Andrade. *A Revolução Inglesa* – 1640-1780. Revolução Inglesa e Revolução Industrial na Construção da Sociedade Moderna. São Paulo: Hucitec, 1996; ARRUDA, José Jobson de Andrade. *A Revolução Inglesa*. São Paulo: Brasiliense, 1999; BOBBITT, Philip. *A Guerra e a Paz na História Moderna*. O Impacto dos Grandes Conflitos e da Política na Formação das Nações. Rio de Janeiro: Campus, 2003; CHURCHILL, Winston S. *História dos Povos de Língua Inglesa*. São Paulo: IBRASA, 2007. 3 v.; DONEZAR, Javier. *Las Revoluciones Liberales* – Francia y España. Madrid: EUDEMA, 1992; GRESPAN, Jorge. *Revolução Francesa e Iluminismo.* A crítica radical do "Espírito das Luzes". Críticos, céticos e românticos. Uma nova ordem mundial. São Paulo: Contexto, 2008; HILL, Christopher. *A Revolução inglesa de 1640*. 3. ed. Lisboa: Presença, 1985; HOBSBAWM, Eric J. *A Era das Revoluções:* 1789-1848. 18. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004; LEFEBVRE, George. *1789: O Surgimento da Revolução Francesa.* São Paulo: Paz e Terra, 2008; MAUROIS, André. *História de Inglaterra*. Barcelona: Ariel, 2007; MICELI, Paulo. *As Revoluções Burguesas*. 21. ed. São Paulo: Atual, 1994; MOTA, Carlos Guilherme. *1789-1799: A Revolução Francesa*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Perspectivas, 2007; MOTA, Carlos Guilherme. *História Moderna e Contemporânea*. São Paulo: Moderna, 1987; OSTRENSKY, Eunice. *As Revoluções do Poder*. São Paulo: Alameda, 2006; SOBOUL, Albert. *A Revolução Francesa*. 9. ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2007; SOROMENHO-MARQUES, Viriato. *A Revolução Federal. Filosofia Política e debate constitucional na fundação dos E.U.A*. Lisboa: Colibri, 2002; TREVELYAN, G. M. *A Revolução Inglesa*. Brasília: Editora UnB, 1982; TREVELYAN, G. M. *La Revolución Inglesa* – 1688-1689. México: Fondo de Cultura Económico, 1996; TULARD, Jean. *História da Revolução Francesa:* 1789-1799. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

182 SERRANO, Nicolás Pérez. *Tratado de Derecho Político.* Madrid: Civitas, 1976. p. 588. Neste trabalho, o autor, partindo da análise do *Estado Constitucional e a Segurança dos Direitos do Homem*, traça a *Evolução dos Direitos Fundamentais, a Proteção dos Direitos Fundamentais,* até a apresentação dos denominados *Remédios Fundamentais.*

183 BICUDO, Hélio. *Direitos Civis no Brasil, existem?* São Paulo: Brasiliense, 1982. p. 7.

184 BICUDO, Hélio. *Direitos*, p. 9.

185 SEGOVIA, Juan Fernando. *Derechos, cit.,* p. 45.

186 SEGOVIA, Juan Fernando. *Derechos,* cit., p. 45.

187 SEGOVIA, Juan Fernando. *Derechos,* cit., p. 48-49.

188 KIRCHHOF, P. *et al*. *Garantías constitucionales del contribuyente.* Valencia: Tirant lo blanch, 1998.

189 HORTA, Raul Machado. Os Direitos Individuais na Constituição. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal, 1977, n. 55, p. 22.

190 Decorridos vinte anos da promulgação da Constituição de 1988, hoje é fácil acusá-la de "engessar" a governabilidade com "tantos direitos" e criticar-se, inclusive, a dimensão

das *Cláusulas Pétreas* elencadas no art. 60, § 4º. Contudo, em razão destas muitos foram eleitos em mandatos subsequentes com a invocação de que "redigiram a Constituição Cidadã" que hoje renegam. Porém, os fatos depois de anotados na *Ata da História* não de apagam, mesmo que possam ser desvirtuados.

191 Com relação aos *Direitos Sociais*, pode-se afirmar que seu enunciado (art. 6º), em verdade, é apenas um prenúncio daquilo que a Constituição desenvolverá em seu Título VIII, no qual a Ordem Social aparece separada da Ordem Econômica, rompendo, pois, com a tradição de nosso constitucionalismo, exceção feita à Carta de 1937 (art. 135), que apenas falava em "ordem econômica", embora trazendo os denominados *direitos do trabalhador* e os *direitos previdenciários* nela encaixados (art. 137). As Constituições de 1934 (art. 115), de 1946 (art. 145), de 1967 em sua versão originária (art. 157) e após a Emenda 1/69 (art. 160), falavam em *Ordem Econômica e Social*, expressão que mereceu críticas de vários autores, dentre os quais podemos citar EROS ROBERTO GRAU e PAULO SARASATE.

Ademais, enquanto os *Direitos Individuais* significam na lição de RECÁSENS SICHES "um não fazer dos outros indivíduos, e principalmente do Estado e dos demais agentes públicos", os *Direitos Sociais*, ainda para o mesmo autor, "têm por objeto atividades positivas do Estado, do próximo e da sociedade, para subministrar ao homem certos bens e condições". A elevação destes direitos ao plano constitucional iniciou-se em 1917 (México), sendo seguida pela Weimariana (1919) e demais documentos posteriores.

A propósito da Constituição Mexicana de 1917, veja TRUEBA URBINA, *La Primera Constitución Politico-Social del Mundo* – Teoria y Proyeccion (Mexico: Porrua, 1971); JORGE CARPIZO, *La Constitución Mexicana de 1917* (6. ed. México: Porrua, 1983); MIGUEL LANZ DURET, *Derecho Constitucional Mexicano y Consideraciones Sobre la Realidad Politica de Nuestro Regimen* (5. ed. México: Compañia Editorial Continental, 1972).

192 Como foi dito, o Direito Administrativo deixa de ser o Direito da Administração, para ser o Direito do Administrado. Ver CF, Títulos I, II e III e o novo sentido da colocação topográfica de ambos os temas.

193 Importantes são as observações feitas por ROBERT ALEX sobre *Dignidade*, ob. cit., p. 355 e s.

194 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania* – A Plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais. São Paulo: Saraiva, 1995; HAGUETTE, Teresa Maria Frota. *O Cidadão e o Estado*. Fortaleza: Edições UFC, 1994; BARBALET, J. M. *A Cidadania*. Lisboa: Estampa, 1989 (Coleção "Temas Sociais", n. 11); *Ribeiro*, Fávila. A Cidadania e o Alcance Universal da Liberdade Politica. *Revista Nomos*. Fortaleza, v. 4, n. 1/2, 1982, p. 7-21; FERREIRA, Nilda Teves . *Cidadania* – Uma Questão para a Educação. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania:* Do Direito aos Direitos Humanos. Editora Acadêmica, 1993; VASCONCELOS, Edson Aguiar de. *Instrumentos de Defesa da Cidadania na Nova Ordem Constitucional* – Controle da Administração Pública. Rio de Janeiro: Forense, 1993; BELOV, Graça. *Diálogos com a Cidadania*. Rio de Janeiro: Forense, 2000; PINSKY, Jaime & PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). *História da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003; JÚNIOR, Alberto Nogueira. *Cidadania e Direito de Acesso aos Documentos Administrativos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; PORTO, Walter Costa (Ed.). *Leituras sobre a Cidadania*. Brasília: Senado Federal, 2002. 8 vols.

195 A propósito, veja-se NUNES JUNIOR, Vidal Serranos. *A Cidadania Social na Constituição de 1988.* Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

196 Veja-se, a propósito, de nossa autoria o livro *Constituição Federal* – Teoria e Prática vol. I (Atualizada pela Lei n. 8.713, de 30.09.93 e pela Revisão Constitucional de 1993-1994). Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

197 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, 1991. p. 287-291.

198 Observe que neste ponto a Constituição não fala mais em *Direitos Individuais*, nem *Fundamentais*, mas, sim, em *Direitos Humanos*, portanto aqueles que são inerentes ao homem pelo fato de ser pessoa humana, independentemente de qualquer fundamentação ideológica de um sistema ou ordenamento jurídico.

199 Veja, dentre outros, PIVA, Otávio. *Comentários ao Art. 5º da Constituição Federal de 1988 e Teoria dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2009.

200 Esta posição tem sido atacada por vários críticos, inclusive, no nosso concurso à *Livre Docência de Direito Constitucional* na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (março/89), sobretudo, pelo Des. FERNANDO WHITAKER DA CUNHA, Titular de Direito Constitucional na Faculdade de Direito daquela Universidade.

Mais recentemente, SÉRGIO FERRARI. *Constituição Estadual e Federação* (Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003). Contudo, e tal expusemos no já citado *Poder Constituinte e Revolução*, até hoje não nos convencemos do contrário, razão pela qual permanecemos com o mesmo posicionamento.

201 SCHMITT, C. *Teoria de la Constitución.* México: Nacional, 1970. p. 86-87.

202 SICHES, Recásens. *Tratado General de Filosofia del Derecho.* México: Porrua, 1970. p. 307.

203 VANOSSI, Reinaldo. *Teoria Constitucional* – I – Teoria Constituyente. Buenos Aires: Depalma, 1975. p. 138.

204 O A. refere-se à Constituição argentina, mas o raciocínio cabe, perfeitamente, a qualquer documento constitucional onde esteja previsto o *Poder de Reforma*.

205 Aqui nos permitimos destacar um ponto de vista com o qual sempre somos contestados toda vez que o expomos, ou seja, a *natureza sociológica e política do Poder Constituinte* frente a um *conteúdo jurídico-formal-positivo do Poder de Reforma:* o denominado *Regimento Interno da Assembleia* e o *Ato de sua convocação* refutariam nossa posição, já que funcionam como limites jurídicos impostos ao colegiado. Assim não cremos, pois para nós o Regimento há de ser apenas e tão somente regulador do funcionamento do órgão, e nunca uma limitação aos assuntos ou ao posicionamento que venham a ser adotados pelo futuro texto constitucional.

No tocante ao Ato de Convocação, este se exaure com a instalação da Assembleia, como ente encarregado de, concretamente, manifestar-se o Poder Constituinte, não lhe competindo qualquer função limitativa. O argumento que nos apresentam é baseado na Emenda Constitucional n. 26, ao texto de 67/69, de 27 de novembro de 1985 (publicado no DOU de 28.11.85) que, convocando a Assembleia Nacional Constituinte Brasileira de 1987, estabeleceu limites ao seu exercício, bem como ao seu procedimento (arts. 3º e 4º).

Para nós, contudo, todo este raciocínio parte de uma premissa falsa, pois entendemos que todo o conteúdo da referida Emenda, após a instalação da Constituinte, não obrigava nem vinculava àquele colegiado, inclusive, quanto às expressões “membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal” ou “reunir-se-ão unicameralmente”.

E mais: para nós, a participação nos trabalhos constituintes dos denominados Senadores biônicos deveria ter sido afastada, com o que não concorda FERNANDO WHITAKER DA CUNHA (*A Constituição de 1988*, devendo aqueles, se dela pretendessem participar, submeterem-se ao voto popular com finalidade específica: elaboração de um novo documento constitucional. Nada disso, entretanto, foi considerado, pura e simplesmente, por razões políticas do momento, e não com base nas lições e conteúdo da Teoria do

Poder Constituinte.

Se o órgão seria unicameral ou bicameral, se a matéria seria aprovada em um ou mais turnos por maioria simples, absoluta ou qualquer outra eram assuntos a serem regulados pelo Regimento Interno, não pela Emenda ou Ato convocatório, que em tais pontos extrapolaram seu verdadeiro conteúdo material.

206 NUNES, Castro. *Soluções de Direito Aplicado* – Julgados e votos vencidos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. p. 74.

207 NUNES, Castro. *Soluções*, cit., p. 75-77. Veja DANTAS, Ivo. Das disposições constitucionais transitórias. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Renovar, jan.-mar. 1995, v. 199.

208 Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989. p. 135-137.

209 Como exemplo, lembrem-se aquelas alterações posteriores a 28-6-79 (EC n. 9), que introduziram entre nós o Divórcio, e que geraram a modificação do ordenamento civil, fazendo surgir a Lei n. 6.515, de 26-12-77.

210 ROYO, Javier Perez. La Reforma de la Constitución. *Revista del Departamento de Derecho Político.* Madrid, UNED, 1986, n. 22. p. 7.

211 RODRIGUEZ, Fausto E. ¿Que és el Poder Reformador de la Constitución? *Boletin del Instituto de Derecho Comparado de México.* México, UNAM, año X, Enero-Abril, 1957, n. 28, DF, p. 23-24.

212 RODRIGUEZ, Fausto E. ¿Que és el, cit., p. 24.

213 RODRIGUEZ, Fausto E. ¿Que és el, cit., p. 27.

214 SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*. Salvador: Progresso, 1954.

215 SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder*, cit., p. 42.

216 SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder*, cit., p. 44.

217 Veja nossos livros *Constituição Federal* – Teoria e Prática, vol. I. (Rio de Janeiro: Renovar, 1994) e *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.)

218 Ressalte-se que deste nosso entendimento não participa RAUL MACHADO HORTA, dentre outros, conforme se poderá verificar em conferência por ele proferida no III Fórum Nacional de Direito Constitucional (BH, 23-4-1992) intitulada *Permanência e Mudança na Constituição*, e da qual fomos um dos seus debatedores.

219 A título de informação, falam em *Revisão*, dentre outras, as seguintes Constituições: Bélgica (7.2.1831, art. 131), Lei Fundamental da Alemanha (23.5.1949, arts. 79-1.2.3), Itália (27.12.47, art. 138), França (4.10.58, art. 89), Suíça (29.5.1874, arts. 118-123) e Portugal (2.4.76, arts. 284-289).

Refere-se à Emenda a Constituição dos EUA (1787, art. V), enquanto Reforma é a expressão preferida pelas Constituições da Argentina (1853, art. 30), México (1917, art. 135), Uruguai (1967, art. 331), Peru (1979, art. 356), Chile (1981, art. 116) e Espanha (1978, arts. 168-169). Finalmente, os vocábulos Emenda e Reforma são expressões utilizadas pela Venezuela (arts. 245, 1º a 6º; 246, 1º a 4º).

220 Ver adiante a análise sobre a *Emenda Constitucional* no texto de 5-10-88.

221 Além do que foi dito no item anterior, a matéria foi detalhadamente estudada por nós no livro *Direito Adquirido, Emenda Constitucional e Controle da Constitucionalidade*. 3. ed. revista, aumentada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

222 *DJ* 18.03.94, p. 5165. EMENT. Vol. 1737-02, p. 160. Julgamento 5.12.1993 – Tribunal Pleno.

223 Destaque nosso, com o fim de chamar a atenção para a referência expressa ao entendimento defendido ao longo de nosso raciocínio.

224 Recordemos que, durante a Revisão Constitucional de 1993-1994, o Relator Geral do Congresso Revisional, o então Deputado NELSON JOBIM, no *Parecer n. 49* (Anexo), ao propor a denominada *Revisão Dupla*, não mencionava, como *limite material ao Poder de Reforma*, a expressão oriunda do Poder Constituinte (*"direitos e garantias individuais"*), mas, sim, de forma expressa, referia-se ao art. 5º, pelo que se deduz, evidentemente, a intenção de que só este artigo ficaria amparado de qualquer alteração. Consulte-se nosso livro *Constituição Federal – Teoria e Prática – vol. 1. Arts. 1º a 17* (Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1994), especialmente o capítulo *A Revisão Constitucional de 1993-1994* (p. 189-214), no qual a tentativa de modificação do inciso IV se encontra detalhadamente analisada.

225 HORTA, Raul Machado. Constituição e Direitos Sociais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 86 UFMG, janeiro de 1998. p. 7. Itálicos nossos.

226 HORTA, Raul Machado. Constituição, cit., p. 15. Destaque nosso.

227 ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*. São Paulo: Nacional, 2008. p. 87, verbete.

Direitos Sociais

Walber de Moura Agra[1]

SUMÁRIO

1. Direitos humanos. **2.** Extensão dos direitos humanos. **3.** Conceituação dos direitos sociais. **3.1.** Enquadramento dos direitos sociais. **4.** Contextualização dos direitos sociais na Constituição de 1988. **5.** Fundamentalidade dos direitos sociais. **6.** Funções dos direitos sociais. **6.1.** Função de criação de um Estado de bem-estar social. **6.2.** Função de defesa. **6.3.** Função de prestação. **6.4.** Função de proteção perante terceiros. **6.5.** Função de não discriminação. **7.** Características dos direitos sociais. **7.1.** Historicidade. **7.2.** Universalidade. **7.3.** Inalienabilidade. **7.4.** Imprescritibilidade. **7.5.** Irrenunciabilidade. **7.6.** Limitabilidade. **7.7.** Compatibilidade das prerrogativas sociais. **7.8.** Constitucionalização. **8.** Coercibilidade dos direitos sociais. **8.1.** A dificuldade de eficácia dos direitos sociais. **9.** *Entrenchment* dos direitos sociais. **9.1.** Conceito de *entrenchment*. **9.2.** Estabelecimento dos parâmetros do *entrenchment*. **9.3.** *Entrenchment* e engessamento normativo dos direitos sociais. **9.4.** Possibilidade de relativização do *entrenchment* dos direitos sociais. **9.5.** *Entrenchment* e o papel do Poder Judiciário. **10.** Eficácia horizontal dos direitos sociais. **10.1.** Teorias sobre a eficácia horizontal dos direitos sociais. **11.** Densidade suficiente dos direitos sociais.

1. Direitos humanos

Os direitos humanos assinalam um dos traços mais marcantes do constitucionalismo moderno, na qual eles são tomados como prerrogativas invioláveis dos homens, que de forma alguma podem ser suplantadas. Marcam o fim definitivo da concepção hobbesiana de que os direitos humanos são decorrência do Estado e somente podem existir enquanto prerrogativa estatal.[2] O fato de a *Lex Mater* brasileira expressar esses direitos positivamente, nos seus vários prismas – individuais, coletivos, sociais, políticos e nacionalidade –, faz com que eles adquiram um conteúdo de maior relevo, gozando de supremacia e supralegalidade. Essa maior densidade normativa, teoricamente, produz uma maior capacidade normativa.

Para o definitivo estabelecimento da teoria dos direitos humanos foi imprescindível o papel desempenhado por declarações que externavam

determinadas prerrogativas à sociedade, tendo como um dos seus expoentes a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, do século XVIII, que adotava uma concepção moderna, cujas prerrogativas da população eram anteriores ao Estado e à Constituição e, portanto, os órgãos estatais não poderiam cerceá-las.[3] Entre os mais importantes textos que asseguram direitos humanos podemos citar: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e a Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 1917.[4]

A importância dos direitos humanos é uma unanimidade em todos os ordenamentos constitucionais, configurando-se como a principal característica das Cartas Magnas hodiernamente. Klaus Stern afirma que uma verdadeira e completa Constituição não existia até o estabelecimento dessas prerrogativas como parte estruturante do Estado.[5]

O princípio preponderante que condensa os direitos humanos, garantindo-lhes uma feição sistêmica, é a dignidade da pessoa humana.[6] Ela é a base nuclear dos demais direitos, que vão paulatinamente densificando seu conteúdo ontológico. Todos os direitos fundamentais têm a função de desenvolver e assegurar a dignidade da pessoa humana, concebida como a carga valorativa mais intensa da Constituição Federal de 1988.

Para Canotilho, essas prerrogativas não são *leges imperfectae* porque, para sua plena concretização, necessitam de complementação legislativa por parte do legislador infraconstitucional. Os mandamentos constitucionais têm um "privilégio concretizante", o que significa uma intensidade vinculativo-constitucional que obriga o legislador ordinário, e até mesmo os membros do Poder Judiciário, a atender à força dirigente dos direitos fundamentais.[7] Todo o exposto pode ser traduzido pela eficácia imediata e obrigatória dos princípios fundamentais.

Gregorio Peces-Barba Martínez os define como um conjunto de normas de um ordenamento jurídico que formam um subsistema, fundado na liberdade, na igualdade, na seguridade, na solidariedade, constituindo um setor da moralidade legitimante do Estado Social de Direito.[8]

Para Smend, os direitos fundamentais são representantes de um sistema concreto de valores dentro de um processo de integração, com a função teleológica de legitimar a ordem legal positiva do Estado. A legitimidade do ordenamento jurídico apenas é realizada na medida em que reflete esses valores que foram agasalhados pelos direitos fundamentais.[9] Eles

representam o símbolo que deve unificar o povo e sob o qual a Constituição pode unificar-se com maior facilidade no processo de integração. Argumenta que os direitos fundamentais não ostentam apenas uma legitimidade positivo-formal, mas igualmente ostentam uma outra, de natureza valorativa.[10]

A utilização desses apanágios à condição humana advém de uma tradição jusnaturalista, que concebe os direitos dos cidadãos como direitos intrínsecos ao homem, que são anteriores, inclusive, a qualquer organização política, existindo não em razão das leis ou do Estado, mas considerados como direitos inalienáveis, que não podem ser maculados por qualquer órgão estatal.

Todavia, Norberto Bobbio considera que a controvérsia na busca dos alicerces dos direitos fundamentais, decorrente de múltiplos fatores, como o caráter histórico dos direitos dos cidadãos, da indefinição quanto aos seus limites, do choque entre direitos, da ausência de pressupostos de demonstrabilidade etc., é despicienda. Para o ilustre filósofo italiano, o problema mais iminente não é encontrar um fundamento último para os direitos fundamentais, mas garanti-los, porque o problema do fundamento foi solucionado com a Declaração Universal dos Direitos do Homem que assegurou a validade jurídica para a eficácia desses direitos.[11]

Exprime Luigi Ferrajoli que uma definição formal ou estrutural do conceito de direito humano pode ser obtida através da sua característica de universalidade, no senso de que eles podem ser atribuídos a todos os povos, tornando-se um apanágio da qualidade de cidadão.[12] Por sua vez, o professor Paolo Barile assevera que os direitos fundamentais são invioláveis, não se podendo produzir normas que contrariem a Constituição ou que destruam as suas cláusulas pétreas.[13]

Francisco Tomás y Valiente diferencia a expressão direitos fundamentais da expressão direitos humanos.[14] Esta significa uma concepção ético-filosófica, portando uma concepção semântica muito abrangente; aquela apresenta uma conceituação mais restrita, referindo-se ao ordenamento jurídico-constitucional.[15] Uma concepção sistêmica da Constituição não pode vislumbrar as normas constitucionais apenas sob um ponto de vista normativo; de melhor alvitre para a concretização dos direitos fundamentais é a concepção ético-filosófica, que abrange tanto as normas abrigadas pela Carta Magna quanto aquelas que fortalecem os dispositivos constitucionais,

normas implícitas.

2. Extensão dos direitos humanos

Problema bastante relevante para a doutrina dos direitos humanos é a definição de sua extensão, elencando quais são os direitos que devem ser classificados como fundamentais e, portanto, protegidos pelas prerrogativas constitucionais.[16] Klaus Stern pondera que se não é fácil determinar o conteúdo normativo classificado como constitucional, quanto mais delimitar as prerrogativas do cidadão, que sofre injunções metajurídicas.[17]

Essa definição liga-se umbilicalmente à concepção ideológica acerca do papel do Estado e de suas funções, que por suas intensas consequências na sociedade adquire uma magnitude contraditória explosiva. É difícil conceber os direitos fundamentais como fixos e invariáveis em uma perspectiva temporal e espacial, o que não diminui a importância do estabelecimento de critérios para que eles possam ser definidos e garantida a potencialização de sua eficácia.[18]

Na Constituição brasileira de 1988, os direitos humanos foram regulamentados nos arts. 1º ao 17, tendo a doutrina e a jurisprudência firmado que o Supremo Tribunal Federal pode reconhecê-los em outras partes da Constituição, como, por exemplo, o princípio da anterioridade. Isto sem falar na cláusula extensiva dos direitos fundamentais, adotada no § 2º do art. 5º da Constituição, que assevera que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais.[19]

Com o aumento das demandas sociais, há uma paulatina incorporação dos direitos humanos nos textos constitucionais com o objetivo de reforçar sua normatividade – movimento este que é inexorável. Esta expansão das prerrogativas dos cidadãos demanda um fortalecimento nos mecanismos que asseguram sua concretização, fazendo com que eles sejam considerados imprescindíveis para a concretude da Carta Magna. Assim, há uma remodelação de parâmetros, em que a estruturação dos órgãos públicos perde primazia para as prerrogativas dos cidadãos, reformulando o critério para se classificar o que se define como uma boa Constituição, que passa a ser definida de acordo com a extensão e a eficácia dos direitos

fundamentais esculpidos pelas suas normas.

A vantagem de se deixar aberta a elencação dos direitos humanos, desde que seja assegurado um núcleo fundamental à sua densidade, é que dessa forma pode haver uma adequação mais eficaz entre a realidade fática e a realidade normativa, permitindo uma evolução dessas prerrogativas para atender às demandas cada vez mais complexas do Estado Democrático Social de Direito. No que seguiu a diretriz estabelecida pela nona emenda à Constituição norte-americana de 1787, cuja declaração afirma que a numeração de certos direitos na Constituição não poderá ser interpretada como negando ou minimizando outros direitos inerentes ao povo.

Devido ao teor abstrato das normas constitucionais e do antagonismo ideológico que a aplicação de suas normas acarreta, defende Robert Alexy que as teorias materiais dos direitos humanos não podem ser alicerçadas exclusivamente na referência do texto da Constituição, na vontade do legislador constitucional e nos precedentes do tribunal constitucional. Para ele, uma teoria geral apenas é possível sob a forma de uma teoria dos princípios, cujo pressuposto é uma teoria axiológica ou uma teoria teleológica, em que o maior número possível de cidadãos possa fazer uso de suas prerrogativas.[20]

Os princípios permitem uma abertura dialógica entre o texto normativo da Constituição e a realidade fática, possibilitando uma sintonia fina com as demandas do Estado Democrático Social de Direito. Essa teoria dos direitos humanos, baseada nos princípios, é concebida de forma sistêmica, em que o paradigma da proporcionalidade ou da razoabilidade assume relevância ímpar para dirimir eventuais antinomias e garantir maior eficácia do ordenamento jurídico.

A necessidade de comunicação com as aspirações sociais acontece porque, como a teoria material dos direitos humanos não é apoiada pelo dogma da autoridade, ela tem que ser estruturada por uma teoria baseada no Estado e na sociedade, o que realça o seu caráter dialógico e circular como forma de legitimar as prerrogativas dos cidadãos.[21] A abertura do sistema jurídico provocada pelo sentido principiológico configura-se como a forma encontrada para se contrapor à insegurança de resultado produzida pela teoria da argumentação jurídica.

Sustenta Alexy que o critério de escolha para a utilização dos direitos humanos, determinando a intensidade de seu conteúdo, realizar-se-á por

intermédio da teoria da argumentação jurídica. A função da teoria material dos direitos humanos é construir um discurso argumentativo que consiga obter o maior grau possível de consenso da sociedade através de diretrizes racionais. Ela se configura como uma justificação externa, verificando a correção das premissas lógicas utilizadas no discurso argumentativo.[22]

Os direitos humanos, especialmente os que têm um caráter programático e as prerrogativas sociais, apresentam o mesmo conteúdo normativo que as demais normas jurídicas, sendo, portanto, dotados de coercitividade. Pela magnitude de sua função no ordenamento jurídico, essas normas essenciais à cidadania devem ter uma concretude normativa mais intensa que as demais normas, inclusive porque assim está preceituado no § 1º do art. 5º da Constituição Federal brasileira, que expressa o princípio da maximização de sua eficácia. Konrad Hesse defende que essas normas vinculam também o legislador, contendo princípios que abrangem toda a ordem jurídica em sua totalidade e aplicação do direito. Segundo o professor alemão, quanto mais extensa for a esfera de aplicação dos direitos humanos, maior deve ser a esfera de proteção das disposições constitucionais vinculantes.[23]

A evolução da teorética dos direitos humanos marca a superação de seu conceito liberal, em que os direitos e garantias serviam apenas para preservar a liberdade dos cidadãos, devendo intervir o menos possível na sociedade. Hodiernamente, eles devem ser concebidos tanto de forma subjetiva, mas, principalmente, na sua forma objetiva, no sentido de uma cominação vinculante para todos os poderes. A identificação dos direitos fundamentais de forma objetiva e subjetiva contribui para a construção de um Estado social, que condiciona teleologicamente a jurisdição constitucional ao atendimento dessas prerrogativas dos cidadãos.

Não é demasiado ressaltar a ligação intrínseca entre os direitos humanos e o regime democrático. É indubitável que em uma democracia as prerrogativas dos cidadãos tendem a ser mais respeitadas, considerando os valores que amparam esse regime político, mas isso não se configura em um pré-requisito exclusivo. Nesse sentido, defende Müller que os direitos humanos são imprescindíveis para a legitimação de uma democracia legítima.[24] Contudo, existem casos em que os direitos humanos foram desrespeitados em países com tradição democrática, como a Áustria e a Suíça.[25]

Assim, chega-se a ilação de que a democracia não é o único requisito para

o respeito aos direitos humanos, haja vista existirem várias democracias formais que desrespeitam as prerrogativas essenciais dos cidadãos. Ela se configura como uma das condições para sua efetivação, já que enseja um debate político que contribui para a mobilização da sociedade na luta pela concretização das aspirações sociais.

3. Conceituação dos direitos sociais

Direitos sociais são a espécie de direitos humanos que apresenta, como requisito para sua concretização, a exigência da intermediação dos entes estatais, quer na realização de uma prestação fática, quer na realização de uma prestação jurídica. Os direitos de liberdade são forcejados no individualismo, posteriormente sendo reestruturados para o consumidor. Já os direitos sociais consideram o homem além de sua condição individualista, abrangendo-o como cidadão que necessita de prestações estatais para garantir condições mínimas de subsistência. A titularidade dos direitos fundamentais sociais é deslocada da esfera exclusiva do indivíduo para incidir na relação cidadão-sociedade.

O axioma da liberdade, fundamental na formatação dos direitos individuais, é suplantado pelo axioma da igualdade nos direitos sociais. A luta contra o arbítrio do Estado Leviatã passa a segundo plano diante da exploração e da péssima condição de vida em que se encontra a maioria da população. Os entes estatais deixam de ser vistos apenas como o verdugo que comete arbitrariedades e começam a ser considerados como um ator crucial na superação das deficiências materiais.

A consolidação das prerrogativas de segunda dimensão ajuda a superar a dicotomia entre o cidadão e os entes estatais, tornando-se estes um instrumento insuperável para o bem-estar social. Ao invés de se configurarem como estorvo e mitigador da autonomia individual, eles se tornam o garantidor de sua realização, pois como defende Cristina Queiroz não são direitos contra o Estado, mas direitos através do Estado.[26] A relação deixa de ser antípoda, cristalizando-se como simbiótica, em que a atuação estatal é vista como benfazeja para setores relevantes da população.

A finalidade dos direitos individuais é dotar o cidadão de condições para que ele não tenha sua liberdade cerceada pelo Estado, possibilitando-o de

exercer formalmente seu livre-arbítrio. Por sua vez, os direitos sociais tencionam incrementar a qualidade de vida dos cidadãos, munindo-os das condições necessárias para que eles possam livremente desenvolver suas potencialidades.[27] Os primeiros almejam garantir a felicidade da coletividade por meio da implementação de políticas que desenvolvam o grau de liberdade de todos; os segundos buscam garantir a felicidade coletiva na construção de políticas públicas igualitárias, tornando o tecido social menos conflituoso.

Essa prestação por parte do Estado não significa uma mitigação da liberdade, num incremento da burocracia ou em uma perda da autonomia individual.[28] Eles não são ontologicamente contrários aos direitos individuais. Devem ser concebidos em interação com as prerrogativas de primeira dimensão, em razão de que sem determinados requisitos materiais eles não podem ter uma ampla eficácia empírica. Configura-se como uma evolução dos direitos de primeira dimensão, englobando com os liames da obrigatoriedade os entes estatais.

Não existe uma vinculação entre direito social e estado socialista e direito individual e estado liberal, pois em ambos os tipos de organização política estão presentes estas duas dimensões de prerrogativas. Independentemente dos valores ideológicos, os direitos sociais são reconhecidos pela importância, ao tentar proteger setores sociais sensíveis da sociedade e igualmente formar uma sociedade mais homogênea. A maior parte dos sistemas jurídicos contém direitos sociais. Mesmo Constituições, como a alemã, de 1949, que deixou de tratar sistematicamente desta matéria, não impediram sua existência no ordenamento infraconstitucional através de reiteradas declarações de sua existência por decisões do Tribunal Constitucional alemão.

Do surgimento dos direitos clássicos ao despontar das prerrogativas prestacionais houve toda uma modificação da sociedade, através de muitos fatores, como industrialização, deslocamento da população para as cidades, melhoria no ensino, avanços tecnológicos, crises econômicas etc. Como resultado, ocorreu uma dupla transformação em nível de Estado e de direitos clássicos, que consistiu na modificação de um Estado abstencionista para um intervencionista e a complementação dos direitos individuais pelas prerrogativas sociais.[29]

De forma bastante genérica, pode-se dizer que o fator teleológico dos

direitos sociais é a proteção dos hipossuficientes estatais, a redistribuir dos ativos materiais para que a população possa ter uma vida condigna e de criar um *Welfarestate*, forcejando a criação de uma justiça equitativa.[30] Personificam a principal ferramenta de que dispõe o Estado para a realização da justiça distributiva, em que os entes estatais auxiliam os cidadãos carentes de recursos mínimos para sua subsistência ou os que possam cair na marginalidade social ou os que não possam obter por conta própria esses bens ou serviços em qualidade razoável. Por essa razão não é possível o retrocesso das normas que os definem, a não ser em virtude da existência de motivos plausíveis.[31]

Em decorrência de sua importância para a sociedade, os direitos sociais não são passíveis de renúncia nem se demanda contraprestação para sua concessão. Se eles fossem renunciáveis ou se se exigisse alguma forma de cobrança por sua prestação, não conseguiriam contemplar os seus destinatários, que não podem por suas expensas prover os bens e serviços prestados pelos entes estatais.

Segundo Ingo Sarlet, os direitos sociais têm a função de assegurar uma compensação das desigualdades fáticas entre as pessoas mediante a garantia de determinadas prestações por parte do Estado ou da sociedade.[32] Considera-se que sua função seja a de propiciar um núcleo comum para a manutenção da estrutura social, em que os cidadãos, apesar de pertencerem a sociedades hipercomplexas, possuam prerrogativas que os façam reconhecer-se como membros igualitários de uma mesma organização política.

Mais do que os outros direitos humanos, os direitos sociais refletem marcantemente seus traços histórico-sociais. Todas as vezes que eles são estabelecidos através de voluntarismos jurídicos, sem se atentar para a realidade imperante, há o ensejo de gap’s normativos com o consequente enfraquecimento dos dispositivos jurídicos. Não se pretende negar a força normativa da Constituição,[33] apenas asseverar que ela é mais bem potencializada quando há uma simetria entre o fático e o normativo.[34] Em sua característica ressalta-se indelevelmente o aspecto fático, pois ele é modulado muito mais por fatores materiais do que por formalidades jurídicas.

Assim, a imposição de direitos sociais sem se levar em conta fatores metajurídicos, principalmente as condições econômicas – que não devem

ser confundidas com a reserva do possível orçamentária –, redunda em um fracasso para o sistema constitucional porque essas normas ficarão destituídas de eficácia.

A origem suprajurídica desses direitos são premências que são sentidas pela população e transpõem-se para o campo jurídico na forma de demandas legais. Depois que são incorporadas por setores representativos da sociedade, a próxima fase é sua incorporação ao ordenamento jurídico por intermédio de dispositivo normativo. Mas a canalização dessas necessidades sociais depende de muitos fatores como tradição histórica, valores compartilhados, grau cultural etc. Advém da realidade fática, e não de idiossincrasias jurídicas à diversidade de direitos sociais existentes.

A titularidade dos direitos sociais foge dos esquemas preconcebidos de subsunção normativa, em que o texto normativo é suficiente para realizar essa definição. Ao lado de sujeitos passivos de fácil determinação como a família ou os idosos, encontram-se conceitos indeterminados como assistência aos desamparados,[35] que exigem verificação fática, em cada caso concreto, para a visualização de sua esfera de atuação.[36]

Os destinatários dos direitos sociais são todos os cidadãos, principalmente aqueles mais carentes.[37] Genericamente são os hipossuficientes e algumas categorias que necessitam de atenção especial, como os jovens, idosos, portadores de necessidades especiais etc. Os estrangeiros também são seus destinatários, desde que estejam em território nacional, de forma legal, enquadrando-se nas hipóteses descritas nos permissivos legais.

Pela densificação normativa dos direitos sociais, sua incidência abrange não apenas os entes estatais, incidindo nas relações interpessoais, em que predominam os ícones jusprivatísticos, na horizontalização de sua eficácia. Havendo impedimento de realização de seu conteúdo por ação ou omissão de agentes privados, podem eles ser demandados para proteger a fruição dos direitos outorgados. Nesse sentido, essa coercitividade, com muito menos oposição teórica, vincula entidades privadas que desempenham funções públicas, seja na forma de concessão, seja na forma de permissão.

Hoje não são apenas os pobres e excluídos os sujeitos passivos de prestações estatais porque todos têm necessidade de um padrão condizente de bens e serviços essenciais, como educação e moradia, por exemplo. Todos os cidadãos podem receber essas prestações, desde que se enquadrem na tipologia abstrata descrita, mormente aqueles que podem pagar por esses

serviços, mas comprometeriam parte substancial de sua renda, impossibilitando-os de adquirir outros serviços considerados como essenciais. Ressalve-se, porém, que o sistema de acesso aos direitos de segunda dimensão não comporta privilégios de atendimento, devendo os procedimentos imperantes ser extensíveis a coletividade de forma integral.

Mesmo havendo titulares específicos para a concretização de certos direitos sociais, o que somente se justifica pela premência de uma melhor realização da distribuição dos ativos sociais e para assegurar uma vida digna aos mais carentes, o seu acesso tem que ser estendido a todo um segmento, sem incidir em destinatários individuais, impedindo que essas normas sejam fonte de maior desigualdade social. Vincular políticas públicas para setores da população, sem que se preste atenção ao princípio da proporcionalidade, acarreta uma quebra do princípio da isonomia e pode ensejar que tais atos possam ser impugnados através do controle de constitucionalidade.

Caso bastante sintomático de prestação estatal individual é a imposição da distribuição gratuita de remédios, em que decisões judiciais obrigam os entes estatais a gastarem somas consideráveis com poucos pacientes, enquanto muitos não dispõem nem mesmo de condições financeiras de comprar remédios simples. Para impedir essas distorções, as políticas públicas dessas prestações precisam ser uniformes, contemplando todos os cidadãos que estejam naquelas situações que foram previstas na legislação para serem sujeitos passivos da prestação estatal.

A concretização diferenciada dos direitos sociais de acordo com seus sujeitos passivos enquadra-se perfeitamente no princípio da igualdade que serviu como *standard* indelével para a formação de todos os direitos de segunda dimensão. Sua incidência multiforme impede o incremento de desigualdades, atuando nos casos de acordo com a dissimetria entre eles, haja vista que modulações diversas visam diminuir as desequiparações fáticas.

Forcejar uma classificação dos direitos sociais tem a utilidade de tentar reunir estas disposições sistematicamente, levando em conta características que são inerentes ao grupo. Pelas peculiaridades envoltas, uma classificação rígida se configura muito difícil, sendo ainda vantajoso esse esforço devido a facilidades didáticas e pragmáticas no sentido de sua densificação normativa. Pelas dissimetrias, optou-se por agrupá-las em classificações calcadas na realidade constitucional brasileira e na realidade estrangeira.

Os direitos sociais nacionais, em sentido amplo, abrangem tanto uma concepção de cunho universal (saúde, moradia, previdência, educação) como de cunho específico (dos portadores de deficiência, da criança e do adolescente); incidindo ainda na seara de direitos culturais (educação, ciência) ou na seara econômica (direitos pecuniários e ao trabalho).

André Ramos Tavares agrupa os direitos sociais nas seguintes categorias: a) direitos sociais dos trabalhadores; b) direitos sociais da seguridade social; c) direitos sociais de natureza econômica; d) direitos sociais da cultura; e) direitos sociais de segurança.[38] Por outro lado, o Professor José Afonso da Silva prefere a seguinte classificação: direitos relativos ao trabalhador; direitos relativos à seguridade social; direitos relativos à educação e à cultura; direitos relativos à moradia; direitos relativos à família, criança, adolescente e idoso; direitos relativos ao meio ambiente.[39]

Os direitos sociais dos trabalhadores podem ser classificados em direitos sociais individuais e direitos sociais coletivos. Os direitos da seguridade social compreendem o direito à saúde, à assistência social e à previdência social. Os direitos da cultura abrangem o direito à educação e o direito à cultura propriamente dita. Os direitos sociais de natureza econômica abrangem: busca do pleno emprego; redução das desigualdades sociais e regionais; erradicação da pobreza e da marginalização; defesa do consumidor e da livre concorrência.

Canotilho classifica os direitos sociais em quatro espécies: normas programáticas, normas de organização, garantias institucionais e direitos subjetivos públicos.[40] Normas programáticas são as definidoras dos fins do Estado, traçando objetivos que devem ser alcançados paulatinamente. Normas de organização atribuem competências impositivamente ao legislador para a realização de prerrogativas sociais, regulamentando a sua realização. Garantias institucionais consistem em mandamentos, atribuídos ao legislador, para a proteção de instituições que asseguram direitos sociais, como a família, os entes coletivos, as associações etc. Por último, os direitos subjetivos públicos em que cristalizam prerrogativas que podem ser utilizadas discricionariamente pelos cidadãos.

Robert Alexy, do ponto de vista teórico-estrutural, classifica os direitos sociais com base em três critérios: direitos objetivos ou subjetivos; vinculantes ou não vinculantes; direitos e deveres definitivos ou *prima facie*. O primeiro prisma delineia as normas quando elas obrigam o Estado

ou fornecem liberalidades aos cidadãos. O segundo critério tem como vetor a possibilidade de haver uma sanção pelo descumprimento ou não do dispositivo no caso de seu inadimplemento. E o terceiro quando sua incidência já está predeterminada ou vem a ser definida em cada caso concreto.[41]

O núcleo basilar do elenco genérico dos direitos sociais se cristaliza no art. 6º da Constituição, que abrange um núcleo sistêmico de todas as suas espécies. Ele agasalhou as seguintes prestações estatais: direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados. Não que esse elenco seja exaustivo, ele igualmente contempla princípios implícitos e outros que sejam decorrentes do regime e dos princípios adotados, bem como dos tratados internacionais incorporados. Conforme ensina o Professor Pinto Ferreira, o catálogo dos direitos sociais não é exaustivo, mas apenas exemplificativo, compondo um rol mínimo e irredutível de tais prerrogativas que não podem nem devem ser diminuídos pelo legislador.[42]

De acordo com a evolução da sociedade, novas prerrogativas serão incorporadas ao ordenamento jurídico e haverá um avanço na densidade suficiente de muitas prerrogativas, no que impulsionará um grande esforço teorético e de efetivação desses direitos. O Direito não é uma ciência imutável e constante, as concepções jurídicas necessitam se adequar a evolução dos eventos fáticos, sob pena de propiciar uma lacuna ontológica.[43] Por isso, os direitos sociais devem ser concebidos em um *living constitution*[44], como *diritto vivente*[45], algo vivo que tem que acompanhar o desenvolvimento dos atores sociais.

Pelos diversos tipos elencados acima, depreende-se que os direitos sociais não são homogêneos, diferenciando-se em seu elemento estrutural, no tipo de prestação realizada e no fator teleológico almejado. Com relação à estrutura do texto normativo, as prerrogativas podem ser mais vagas ou concretas, impor comportamentos ou organizar entes estatais, direcionar-se aos cidadãos ou aos legisladores. Quanto à prestação, as prerrogativas podem ser *self-executing* ou *no self-executing*, exigir maior ou menor dotação orçamentária, ter uma concretização deferida no tempo ou ser de realização mediata. Como exemplo desta diversidade, podemos citar a prerrogativa que garante uma jornada semanal de quarenta e quatro horas e

aquela que prevê a erradicação da miséria. Concernente ao objetivo acalentado pode se dirigir a incrementar a autonomia privada dos cidadãos ou estimular o desenvolvimento da capacidade do cidadão, solidificando seu elo com a coletividade.

Além das condicionantes materiais, os direitos sociais são formados por elementos estruturais, que espelham dados normativo-constitucionais. Estes elementos são uma constante em todas as normas jurídicas, permeando todas as dimensões de direitos humanos. Por esse prisma não há diferença com relação aos direitos sociais, distinguindo-se das demais prerrogativas pela complexidade de sua concretização. A estrutura normativa, o texto dessas prerrogativas, configura-se como um elemento importante para a definição de sua conceituação, sendo um dado *a priori* que deve ser levado em consideração como vetor inicial para a determinação de seu campo de incidência.

Em virtude da complexidade das prestações implementadas pelos direitos sociais, muitas exigindo um elastério temporal significativo ou a atuação de vários entes estatais – contudo, alguns têm aplicabilidade imediata como as garantias trabalhistas – para terem uma eficácia satisfatória, precisam ser regulamentas, especificando seu conteúdo e definindo o exato sentido de seu alcance. De maneira geral, mesmo as normas *self-executing* podem ser disciplinadas, contudo, no caso de alguns direitos sociais, esta normatização se mostra como condição *sine qua non* para sua potencialidade normativa.

O fato de elas precisarem ser regulamentadas não significa cercear sua normatividade ou deixá-las ao talante arbitrário do legislador. Caso sua eficácia seja relegada em razão da ausência de normatização, pode-se acionar o Poder Judiciário que tem a missão constitucional de velar pela sua concretização, exigindo que o Legislativo produza a norma faltante ou regulamentando, de forma suplementar, para que o direito humano não se torne um mero signo retórico.

Outro diferencial em sua prestação refere-se a dispositivos que necessitam de um suporte econômico superior em relação a outros, obrigando os entes estatais a direcionar uma dotação orçamentária maior, no que realiza uma justiça distributiva no senso aristotélico. Os recursos direcionados à educação são característicos do diferencial prestacional porque exigem um alto aporte orçamentário e um lapso temporal longo para a produção de seus efeitos.

O fator teleológico dos direitos sociais se difere de forma nítida das

normas de primeira dimensão já que ultrapassam o viés de proteção exclusiva do princípio da autonomia da vontade individual, reestruturando-o para submetê-lo ao alvedrio das necessidades sociais, tomadas como pressupostos para o desenvolvimento integral da sociedade. O desenvolvimento da personalidade dos cidadãos ultrapassa a perspectiva restritiva do individualismo orgânico, para abranger necessidades coletivas que colocam cada componente da sociedade em ligação com os demais.

3.1. Enquadramento dos direitos sociais

Os direitos sociais são heterogêneos porque, em sua maioria, não se pode dizer que se situam em uma esfera exclusivamente jurídica ou fática. Para sedimentar sua conceituação, afirma-se que todos ostentam o mesmo fator teleológico, a reverberação do princípio da dignidade humana, pilastra insofismável para o desenvolvimento do multiculturalismo típico das sociedades pós-modernas.[46]

Parte da doutrina opta por classificar os direitos sociais em direitos negativos, de defesa, e direitos positivos, de atuação, mesmo sabendo que eles possuem uma taxionomia bastante diversificada, sem a existência de parâmetros genéricos para classificá-los de maneira uniforme. São denominados prerrogativas de defesa aqueles que são concretizados com uma abstenção na atuação do Estado, em que o *non fecere* estatal é a premissa básica para sua realização. Os intitulados de prerrogativas positivas são aqueles que exigem uma atuação estatal para sua implementação, não bastando uma simples omissão do Estado para sua eficácia. Exemplo da primeira classificação pode ser mencionada a proibição de jornada superior a quarenta e quatro horas semanais ou a garantia à liberdade de cátedra; exemplo da segunda pode ser citado o direito à moradia ou à educação, que exigem atividades governamentais para que a população possa utilizar tais serviços.

Não obstante a classificação anteriormente exposta, a dicotomia entre negativos e positivos se encontra um pouco arrefecida, pois todos eles apresentam um custo, que varia de acordo com dados conjunturais, precisando de regulamentação e demandando atividades efetivas para sua concretização.[47] Alguns direitos de defesa, como a proteção à propriedade, por exemplo, exigem prestações bem mais intensas do que várias prerrogativas sociais. Se alguns direitos sociais se apresentam como de

eficácia imediata, sem necessidade de interferência do legislador, outros, para conseguirem efetividade, precisarão de atividade preponderantemente administrativa dos poderes estabelecidos.[48]

Classificação que encontra mais respaldo na doutrina, superando muitas dificuldades teoréticas, é a que divide os direitos de segunda dimensão de acordo com sua prestação, em fáticos e jurídicos.[49] Neste caso, escolheu-se como parâmetro a prestação estatal oferecida porque é através dela que se podem vislumbrar diferenças substanciais entre esses direitos, sem que a incidência de fatores secundários possa obscurecer diferenças marcantes entre eles.

Os primeiros necessitam, para sua concretização, da realização de determinadas tarefas ou serviços, com a alocação de recursos por parte da administração pública.[50] A simples descrição normativa, com a respectiva subsunção, sem a instrumentalização de medidas para sua concretização, não se configura suficiente para fazê-los efetivos. O escopo almejado pela Constituição apenas pode ser concretizado se houver atividade conjunta por parte do Poder Executivo, do Poder Legislativo e, no caso de omissão, do Poder Judiciário. Eles dispõem de um grau de determinação bastante variável. Todavia, mesmo dentre essa seara, existem normas com alto grau de precisão, como é o caso do direito à educação fundamental gratuita e à creche para os filhos e dependentes, até seis anos, dos trabalhadores. No intento de evitar a imprecisão normativa destas disposições, a solução encontra-se na fixação de um núcleo essencial, de uma densidade suficiente, que norteará sua aplicação. Exemplo de prestação fática pode ser a disponibilização de determinado tratamento específico aos pacientes ou a distribuição gratuita de remédios.

Os segundos configuram-se quando o objeto da exigência se refere à edição de uma norma, seja de proteção, proibição ou organização. Proteção no sentido de que sua função é a tutela de determinado bem jurídico considerado imprescindível para a sociedade, como o resguardo da infância. Proibição para evitar determinadas práticas que são lesivas ou pouco desejáveis, como impedir trabalho penoso ou insalubre a menor de dezoito anos. Organização na intenção de disciplinar o funcionamento de certas instituições. No sentido jurídico, o escopo é proteger, regulamentar ou coibir determinadas condutas que possam afrontar a integridade física e psíquica dos cidadãos, agasalhando seu sentido positivo e negativo. Como

exemplo, pode-se mencionar a obrigação que têm as empresas de proteger seus funcionários de atividades insalubres ou impedir a instalação de indústrias que comprometam o meio ambiente.

Quanto a sua origem, os direitos sociais são divididos em originários e derivados. Os primeiros decorrem de sua positivação nas leis, constitucionais e infraconstitucionais, adquirindo força normativa e certeza de sua pertinência ao ordenamento jurídico. Os segundos têm sua origem na consolidação de certas prestações que se incorporam ao patrimônio dos cidadãos, sem que necessariamente provenham de lei. Sua origem pode ser a realização de políticas públicas, que com o decorrer do tempo foram incorporadas ao patrimônio da coletividade.

A diferença é que os primeiros são expressamente determinados em lei, enquanto os segundos ostentam sua proteção através do princípio do *entrenchment* das prestações consolidadas na sociedade. Teoricamente, a primeira proteção apresenta uma maior eficácia do que a segunda porque sua especificação expressa permite uma melhor proteção. Na realidade, a melhor proteção será aquela que for absorvida pela maioria da população como valor pertinente a todos.

Com relação ao âmbito de incidência dos direitos sociais, Robert Alexy os classifica em conteúdo minimalista e maximalista. O primeiro tem o objetivo de garantir ao cidadão um espaço vital mínimo, sendo protegidos apenas “pequenos direitos sociais”. No segundo, a intenção é alcançar um nível de proteção mais elastecido, englobando bastantes aspectos da vida social, porque sem essa atuação não se pode garantir uma plena emancipação da personalidade.[51] Esta última classificação independe, de forma apriorística, de uma análise jurídica dos direitos fundamentais, estando mais adstrita a concepção ideológica da organização política vigente. Um Estado liberal tende a privilegiar a concepção minimalista, enquanto um Estado Social tende a privilegiar uma concepção maximalista.

4. Contextualização dos direitos sociais na Constituição de 1988

Os direitos individuais concebem os cidadãos de maneira atomista, como o núcleo irradiador do ordenamento jurídico. Em um determinado contexto

histórico, essa concepção foi extremamente avançada, constituindo-se na proteção contra o arbítrio estatal. A grande ameaça nesse período provinha do absolutismo, que constantemente talhava os cidadãos de direcionarem suas vidas de acordo com seus interesses. Com a consolidação das Revoluções Burguesas, houve a solidificação dos direitos individuais, assumindo essas prerrogativas a taxionomia de axiomas da organização estatal. Através da positivação normativa houve a permissão para que o Poder Judiciário velasse pela sua concretização, possibilitando que paulatinamente eles fossem sendo incorporados na práxis cotidiana.

A consolidação do sistema capitalista piorou as condições de vida da população. O impulso ao livre mercado, associado à ausência de regulamentação, ao mesmo tempo que permitiu o desenvolvimento produtivo, aumentou assustadoramente a exploração das relações trabalhistas, produzindo um empobrecimento nunca antes visto. Os camponeses eram expulsos de suas terras e obrigados a trabalhar em situações degradantes.

Essa situação fez com que a classe trabalhadora começasse a se organizar para reinvidicar melhores condições de vida, pugnando por uma organização política que contemplasse seus interesses. No contexto desse confronto, essencialmente uma luta de classes, ocorreu o nascimento dos direitos sociais, concebidos como meio de ação do “indivíduo na sociedade”.[52] Apresenta como fator normogenético os influxos da vida em coletividade, concebendo os cidadãos não mais como seres autistas, isolados em suas relações privadas, mas como membros da sociedade, que necessitam desenvolver suas potencialidades dentro de uma intersecção com os demais membros do grupamento humano.

Configura-se emblemático tecer uma indicação cronológica precisa do nascimento desses direitos aqui mencionados. Com segurança pode-se afirmar que eles sugiram primeiramente na Constituição mexicana, de 1917, e no Texto de Weimar, de 1919. O aparecimento dessas duas Constituições sociais não significou o nascimento da legislação social, pois nesse período já existiam numerosas legislações que concediam prerrogativas prestacionais. Sua relevância foi a de constitucionalizar este conteúdo, dotando-lhe, normativamente, de maior importância, no que ajudou a incrementar sua força normativa. Sustenta Dalla Via que essa novidade constitucional apareceu depois do término da Primeira Guerra Mundial, como consequência das transformações constitucionais realizadas

pelos países vencidos.[53] Porém, algumas leis de proteção aos cidadãos foram agasalhadas em um passado mais longínquo, como as Constituições francesas de 1791 e 1848, dentre outros dispositivos normativos.

A Constituição mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos direitos sociais a qualidade de disposições constitucionais, igualando-os na mesma categoria de outras prerrogativas inerentes ao gênero humano.[54] Fruto da Revolução Mexicana, em que principalmente o campesinato teve parte de suas reivindicações contemplada, a *Lex Mater* que surgiu em decorrência deste movimento foi obrigada a contemplar prestações sociais em suas disposições.[55]

O Texto de Weimar surgiu em decorrência do colapso provocado pela derrota alemã na Primeira Guerra Mundial, que durou de 1914-1918. As consequências da assinatura do Tratado de Versailles para os alemães foram desastrosas, tiveram que pagar vultosas quantias como reparações de guerra, perderam parcelas substanciais de seu território e foram obrigados a se sujeitar a outras condições humilhantes.[56] A situação político-social ficou bastante difícil, com uma fragmentação do tecido político, ressaltando-se o crescimento dos movimentos socialistas influenciados pela Revolução Bolchevique. Neste contexto de fragmentação política fora forjada a Constituição de Weimar que agasalhou muitos dos interesses da classe proletária alemã, transplantando para a seara constitucional muitos direitos sociais.

A primeira Constituição brasileira que tratou dos direitos sociais foi a Carta de 1934, trazendo um capítulo intitulado “Dos direitos econômicos e sociais”.[57] O que representou um avanço, já que se conseguiu ultrapassar aquela visão nitidamente liberal em que o corolário dos direitos humanos era a defesa da liberdade, propriedade e segurança. Optou-se por se perfilhar com os paradigmas das Constituições mais modernas à época, que foram sensíveis aos clamores das classes mais desfavorecidas.

Contudo, até o Texto Magno de 1988, o disciplinamento da ordem social fora feito juntamente com a ordem econômica, no que oferecia a interpretação de que os direitos sociais não tinham autonomia em razão de que sua concretização dependeria de circunstâncias econômicas. A Carta Cidadã rompe com esse prisma, com o intento de mostrar a importância das prestações materiais e reafirmar que essas prerrogativas são normas jurídicas como as outras e não *ancilla* da seara econômica.

A separação entre a ordem social, estipulada no Título VIII, e os direitos sociais, estabelecidos no Título II, Capítulo II, da Constituição Federal, teve, aprioristicamente, o objetivo de evidenciar que os direitos sociais fazem parte das cláusulas pétreas, impassíveis de modificação, uma vez que são consagrados como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e da República Federativa do Brasil. Assim, resta claro que os direitos trabalhistas são parte integrante do "núcleo inalterável da Constituição".

Por isso foi realizada a separação. Claro que houve uma perda na sua sistematização, que foi compensada pela evidenciação dos direitos sociais como cláusulas pétreas. Foram escolhidos os direitos trabalhistas para fazer parte do Título II da Constituição Federal, porque constantemente sofrem ataques por parte dos setores mais retrógrados da sociedade.[58]

Contudo, essa maior evidenciação de que os direitos sociais contidos nos arts. 6º ao 11 são cláusulas pétreas não retira a qualificação de que os outros dispositivos, mesmo estando regulamentados em outras partes, também podem ser considerados como componentes deste núcleo de intangibilidade. Fora consolidado em nível doutrinário e jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal detém a competência para declarar qualquer outra prerrogativa como componente das cláusulas pétreas, independentemente de sua localização topográfica,[59] como o princípio da anterioridade tributária.

Os direitos sociais que estão inseridos como direitos e garantias, no Título II, são direitos dos trabalhadores, de forma individual ou coletiva, protegendo as relações laborais quando adota padrões mínimos de proteção para a classe assalariada. A ordem social, mais abrangente, contém: a seguridade social – composta de saúde, previdência social e assistência social – a educação, a cultura, o desporto, a família, a criança, o adolescente, o idoso, os índios, o meio ambiente, a comunicação social e a ciência e tecnologia. Destaque-se que foi a Constituição de 1988 que introduziu a maior parte desse elenco como parte formal do seu texto, dotando-os de supremacia, supralegalidade e imutabilidade relativa, no que conferiu a essas matérias soberania estatal.[60]

A ordem social é o gênero do qual os direitos dos trabalhadores são uma espécie. Os direitos trabalhistas são de duas ordens fundamentais: os relacionados aos trabalhadores em suas relações individuais de trabalho e os

direitos coletivos dos trabalhadores. Aquela focaliza o empregado em sua relação direta com o empregador, enquanto esta abrange os trabalhadores de forma coletiva, representados por suas associações ou focalizando-os de forma coletiva.

O art. 7º da Constituição Federal relaciona, assim, os direitos de todos os trabalhadores, sejam eles urbanos, rurais, avulsos, domésticos, bem como alguns direitos extensíveis aos funcionários públicos. Ressalte-se que, pelo princípio da especialidade das normas, de forma geral, aplica-se o Dec.-Lei n. 5.452/1943 (Consolidação das Leis do Trabalho – CLT) aos trabalhadores subordinados, isto é, àqueles que possuem vínculo empregatício e que preenchem os requisitos indispensáveis de ser pessoas físicas, prestar serviços de natureza não eventual a um empregador, estar sob a dependência deste e exercer seu mister mediante o pagamento de salário.

Com relação aos servidores públicos, antes da Emenda Constitucional n. 19, eles se encontravam sob a égide do regime jurídico único (Lei n. 8.112/1990), ou seja, sob o regime estatutário do funcionalismo público, que não atingia o empregado público (funcionário de empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades estatais exploradoras de atividades econômicas), cujas relações são regidas pela CLT. A mencionada Emenda extinguiu a exclusividade do regime jurídico único para todos os servidores públicos, e em substituição foi implantado um Conselho a ser constituído pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal com a finalidade de instituir uma política de administração e remuneração de pessoal.

Portanto, os direitos elencados no art. 7º da Lei Maior são pertinentes aos trabalhadores urbanos e aos rurais. Os trabalhadores avulsos, ou seja, aqueles que prestam serviços a empresas com intermediação obrigatória do sindicato da categoria profissional à qual pertencem ou do órgão gestor de mão de obra, têm suas relações disciplinadas pela Lei n. 5.890/1973, e, embora não possuam vínculo empregatício, possuem os mesmos direitos dos trabalhadores com vínculo empregatício (art. 7º, XXXIV, da CF).

Os trabalhadores domésticos possuem, de acordo com a Lei Maior, os seguintes direitos: salário-mínimo, irredutibilidade de pagamento, décimo terceiro, repouso semanal remunerado, férias anuais com adicional de um terço da remuneração, licença-gestante, licença-paternidade, aviso prévio e aposentadoria. Todavia, antes da Constituição de 1988, o empregado

doméstico podia receber menos de um salário-mínimo, além de não ser obrigatório o pagamento, pelo empregador, do 13º salário, do aviso prévio e do repouso semanal remunerado. Apesar da vitória conquistada pelos trabalhadores domésticos com a Carta Política de 1988, a plenitude de seus direitos ainda não foi salvaguardada, haja vista que esse trabalhador ainda não tem assegurado o direito ao FGTS, que é facultativo, nem o direito a horas extras.

O art. 7º da Constituição Federal não exaure todos os direitos que podem ser ofertados aos trabalhadores urbanos e rurais. Existem outros que não foram colocados em nível constitucional e propiciam melhoria das suas condições sociais. Apesar de não gozarem de prerrogativas constitucionais, estão igualmente atendendo ao escopo dos direitos sociais, podendo ser protegidos mediante o *entrenchment* de suas prestações.

Ao contrário da Constituição portuguesa, de 1976, e da espanhola, de 1978, a Carta brasileira não previu a distinção entre direitos, liberdades e garantias, que têm uma concretização jurídico-interpretativa, e direitos econômicos, sociais e culturais, que têm uma concretização jurídico-política.

O professor José Carlos Vieira de Andrade fala de um critério material para fundamentar a diferenciação. Os direitos, liberdades e garantias têm aplicabilidade direta, significando um limite material ao poder de restrição do legislador ordinário, sendo determinados no texto constitucional. Os direitos econômicos, culturais e sociais para a sua plena concretização necessitam da atuação do Poder Legislativo, sendo principiológicos, anseiam atuação normativa infraconstitucional para a sua determinação.[61]

Segundo a corrente doutrinária mencionada acima, os direitos, liberdades e garantias, abstratamente, não precisariam de intervenção estatal, enquanto os direitos econômicos, sociais e culturais necessitariam para sua concretização de atuação estatal. Não se pode concordar com esta assertiva porque todas as prerrogativas precisam da intervenção estatal para sua completa realização. O que as diferencia é a intensidade desta interferência que nos segundos é considerada essencial, enquanto nos primeiros se configura como procedimental.

Mesmo que muitos autores defendam que os direitos econômicos, culturais e sociais dispõem de uma vinculatividade normativa geral,[62] não se vê com bons olhos tal diferenciação porque ela pode engendrar uma

hierarquização entre prerrogativas de primeira e de segunda classe, ou mesmo imputar uma densidade normativa inferior aos direitos sociais.

5. Fundamentalidade dos direitos sociais

A principal característica dos direitos humanos, mormente dos sociais, é a sua noção de fundamentalidade, ou seja, de dispositivo essencial do ordenamento jurídico, podendo esta ser enfocada sob o prisma material e formal. Ingo Sarlet conceitua os direitos humanos, englobando os conceitos material e formal, como todas aquelas posições jurídicas que pelo seu conteúdo e importância sejam integradas ao texto da Constituição, e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal.[63]

A noção de fundamentalidade formal dos direitos sociais nasce em decorrência de sua inserção em um texto jurídico positivado, contido na Constituição Federal. Como foram regulamentados na Carta Magna, eles são as normas que detêm supremacia no ordenamento jurídico e têm aplicabilidade imediata, por força do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal. Estando normatizados na *Lex Mater*, não se pode dizer que eles não dispõem de força normativa, obrigando os entes estatais a velar pela sua concretização.

A noção de fundamentalidade material dos direitos sociais decorre de seu conteúdo normativo, fazendo uma conexão entre a normalidade e normatividade. Eles carregam, como teor de sua materialidade, conteúdos que são essenciais para o ordenamento jurídico não apenas pelo fato de estarem regulamentados na Constituição, mas pela relevância do seu conteúdo. Nesse prisma, assumem vulto as conjecturas fáticas, que vislumbram um prisma metajurídico, operando uma abertura epistemológica ao objeto de estudo.

Na elaboração da conceituação da fundamentalidade material dos direitos sociais devem ser levados em consideração os valores predominantes na sociedade, que variam de acordo com os contextos sociais, influenciando diretamente os dispositivos constitucionais. Igualmente importante é a

definição da substância e relevância do mandamento constitucional, determinando o conteúdo da fundamentalidade material.

Essa classificação de fundamentalidade dos direitos sociais influencia de forma determinante a divisão dessas prerrogativas em direitos objetivos e direitos subjetivos.

O significado dos direitos humanos sociais subjetivos pode ser vislumbrado como uma prerrogativa subjetiva de defesa do cidadão diante das intervenções injustificadas do Estado, correspondendo à sua definição de conceito negativo de competência. As competências legislativas, administrativas e judiciais encontram o seu limite nos direitos humanos, excluindo da intervenção estatal as prerrogativas consideradas indispensáveis para a vida social.[64]

Os direitos humanos sociais objetivos correspondem a uma ordem axiológica objetiva do ordenamento jurídico, fortalecendo a força normativa de suas prerrogativas. Fornecem a ideia de que os direitos fundamentais são os princípios superiores da Constituição Federal.[65]

Robert Alexy analisa três tipos de enfoques em relação aos direitos humanos subjetivos: normativo, empírico e analítico.[66]

A dimensão normativa observa o material normativo em seu sentido mais amplo, como os textos legais, a doutrina, a jurisprudência etc. Ela pode ser dividida em ético-filosófica ou jurídico-dogmática. A primeira aborda a questão independentemente da validade do ordenamento jurídico, enfocando os direitos fundamentais e sua extensão. A segunda enfoca o direito fundamental dentro de um ordenamento jurídico válido, ressaltando o seu caráter sistêmico.

A dimensão empírica pesquisa as circunstâncias que cercam o surgimento dos direitos subjetivos, como a sua conceituação histórica, a função social, sua finalidade, a base de legitimação social etc. Constituem marco importante dessa dimensão os argumentos históricos e teleológicos.

A dimensão analítica estuda a estruturação e aperfeiçoamento do sistema jurídico sob a forma científica, tentando alcançar uma precisão metodológica, privilegiando a clareza, coerência e precisão semântica das expressões utilizadas. Sofreu influência direta da filosofia analítica, da semiótica, da lógica deôntica e das teorias argumentativas.

6. Funções dos direitos sociais

6.1. Função de criação de um Estado de bem-estar social

A finalidade precípua dos direitos sociais se configura na criação de um Estado Social, caracterizado como aquela forma de organização política que possibilite aos cidadãos um nível mínimo de satisfação das suas necessidades materiais e espirituais. É uma forma de estrutura organizacional que não se contenta com a estruturação do marco legal e com a outorga do princípio da liberdade, que na maioria das vezes não pode ser exercida.

Sua função vai além do aspecto puramente formal, adentrando as condições de vida da população para lhes proporcionar padrões razoáveis de bens considerados essenciais para o desenvolvimento da personalidade do cidadão.

6.2. Função de defesa

Inicialmente, os direitos humanos tinham como escopo a defesa do indivíduo contra as arbitrariedades estatais.[67] Assim, havia uma situação restritiva para o Estado, visto que este era impedido de interferir na esfera juridicamente protegida da coletividade. Para o cidadão acarretava uma situação positiva, pois este era dotado de uma liberdade de agir dentro da esfera jurídica e de exigir que o Estado se omitisse de intervir em suas liberdades.[68] Essa função surge do contraponto ao Estado absolutista, leviatã, em que não havia limites ao arbítrio dos governantes.

Canotilho relaciona os direitos de defesa com as liberdades, pois estas últimas podem ostentar o mesmo âmbito de incidência daqueles, dependendo da esfera em que atuem. O mencionado autor exemplifica se referindo ao direito à vida, afirmando que ele tem uma natureza defensiva contra o Estado, contudo não pode ser classificado como uma liberdade, já que seu titular não pode dispor. Já o direito de escolher uma profissão se caracteriza como um direito de defesa e uma liberdade, isto é, o seu titular pode escolher de forma discricionária sua profissão e ao mesmo tempo

possui proteção jurídica para efetuar essa escolha.[69]

Os direitos sociais igualmente exercem uma função de defesa, não para proteger contra arbitrariedades estatais, mas para garantir prestações mínimas para que a coletividade possa atingir um nível satisfatório de bem-estar social e para impedir que condutas possam atingir a qualidade prestacional ofertada. Neste caso, a finalidade de defesa é diferente, exigindo dos entes estatais atuações no sentido de propiciar aos cidadãos prestações mínimas que lhes assegurem o conteúdo agasalhado normativamente e defendê-los de agressões.

Com as prerrogativas de segunda dimensão, a função de defesa mantém sua pertinência, apenas com outro fato teleológico, demandando dos entes estatais uma ação ao invés de uma omissão e, concomitantemente, exigindo a proteção contra condutas que possam lesionar os bens tutelados.

6.3. Função de prestação

Esta função consiste na obrigação que têm os entes estatais de atuar para satisfazer os direitos fundamentais através da prestação de serviços ou da disponibilização de bens, sem os quais a população não poderia usufruir de tais direitos.

As prerrogativas mencionadas se encontram vinculadas à existência de normas jurídicas de Direito Público que protejam os direitos subjetivos e os tornem oponíveis ao Estado e às relações privadas. A tutela desses direitos consiste na prestação de caráter positivo, material, por parte do Estado com o intuito de assegurar condições sociais, econômicas e culturais.[70]

Canotilho observa que a função prestacional gera três problemas relacionados com os direitos sociais. O primeiro refere-se aos direitos sociais originários, ou seja, direitos que o cidadão aufere diretamente da Carta Magna, na maioria das vezes com tipificações extremamente abertas. O segundo abrange os direitos sociais derivados, que correspondem ao direito de exigir que o legislativo regulamente os mandamentos constitucionais que definem os direitos sociais – caso aconteça uma omissão legislativa, pode haver a impetração de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou de um mandado de injunção. O terceiro corresponde ao questionamento sobre a vinculação dos direitos sociais a todos os poderes estatais, obrigando-os a execução de políticas

públicas com esse objetivo.[71]

Ressalve-se que não são todos os direitos sociais que possuem natureza prestacional, existindo aqueles que são concretizados com a mera tipificação normativa abstrata, como as garantias trabalhistas que visam proteger os cidadãos de condições laborais aviltantes.

6.4. Função de proteção perante terceiros

Esta função visa a proteger o titular de determinado direito contra atitudes de terceiros que os afetem. Assim, é dever estatal a adoção de medidas que garantam o livre exercício dos direitos pelos seus titulares, sem a interferência de outrem. Essa função simboliza que os direitos humanos, principalmente os sociais, incidem também com relação aos particulares, no que a doutrina denomina verticalização das prerrogativas ou *Drittwirkung*. Pensamento em contrário não se justifica porque se os direitos humanos são considerados imprescindíveis à organização harmônica da sociedade, eles necessitam ser respeitados por todos, inclusive pelos sujeitos privados.

A alegação de que essas prerrogativas não vinculam os particulares parte de uma visão distorcida dos direitos humanos, ao admitir que eles apenas teriam incidência contra o Estado, pois ele seria o principal causador de lesões à sociedade. Esquecem-se que hodiernamente a maior fonte de arbitrariedades parte de entes privados, que se escudando no livre-mercado, maculam cotidianamente os direitos da população.

6.5. Função de não discriminação

Esta função deriva do princípio da igualdade, no que impõe a obrigação do Estado não discriminar seus cidadãos, tratando-os de forma igual. Deflui esse postulado do princípio da isonomia, que marcou os direitos de segunda dimensão e que se expande, em maior ou menor intensidade, a vários direitos humanos. Devido ao seu conteúdo, esses dispositivos não podem ser outorgados a alguns em detrimento de outros, a não ser que haja uma motivação fática que possa justificar tal diferenciação. Discriminações apenas são toleradas quando são proporcionais e visam a incorporar hipossuficientes à organização social estabelecida.

As únicas discriminações possíveis devem ser em decorrência de diferenças fáticas, com o objetivo de impedir a exclusão social e proteger

bens jurídicos considerados essenciais para a consolidação do Estado Social. Ou seja, uma discriminação é permitida somente quando for instrumento para assegurar a realização do princípio da isonomia material.

7. Características dos direitos sociais

Os direitos sociais possuem características em comum que os diferenciam de outras categorias. Saliente-se que esses atributos não são gerais, dependendo, em razão da complexidade das prerrogativas de segunda dimensão, de circunstâncias materiais para sua individualização e pertinência.

7.1. Historicidade

Os direitos humanos sociais não resultam de um único acontecimento histórico, mas de uma evolução que os concretizou nos ordenamentos normativos ocidentais. Isso significa que são direitos mutáveis com o decorrer dos anos, sofrendo transformações com o passar dos anos.[72] Eles são fruto de processos históricos e da evolução das ideias e valores que acompanham tais processos.[73] Em decorrência dessa característica, para compreendê-los corretamente deve-se levar em consideração o contexto histórico no qual se encontram inseridos.

Sofrem influência direta de fatores sociais, culturais e econômicos, que, por sua vez, dependem da área geográfica analisada. É muito difícil, para não dizer impossível, seu enquadramento como categoria exclusivamente jurídica em razão de que esses fatores metajurídicos os condicionam de maneira primordial.

Em virtude dessa característica, não podem ser concebidos como um produto jurídico acabado, elaborado teoreticamente para ser aplicado em determinados casos concretos, sua gênese metajurídica deve ser observada, analisando-se as interferências dessa realidade em sua concretude, condição esta imprescindível para a realização de sua efetividade.

7.2. Universalidade

Os direitos sociais têm como destinatários todos os seres humanos pelo fato de serem considerados imprescindíveis para o convívio harmônico da

sociedade.[74] Foram formulados para ter como destinatários todos aqueles que estão enquadrados em seu âmbito de incidência normativa, independentemente de situação cultural, social, econômica etc. Apesar de serem prerrogativas que pertencem a todos os cidadãos, sua incidência pode ser restringida para só abranger alguns segmentos, como os direitos dos trabalhadores que só pertencem a grupos profissionais individualizados e os direitos indígenas que abrangem apenas os habitantes autóctones brasileiros.

Deve ser lembrado que para se entender o caráter universal dos direitos de segunda dimensão é necessário levar em consideração as particularidades de cada comunidade e o momento histórico em que elas se encontram inseridas. Como essas prerrogativas assumem significados diferentes, dependendo do contexto sociopolítico-econômico que se encontram submersas, não há hipótese de serem vislumbrados de uma mesma forma, não obstante possuírem um mesmo conteúdo. Portanto, não é errôneo afirmar que, apesar de serem universais, eles não são uniformes.

A questão de se cobrar por esses bens e serviços é bastante problemática porque pode contribuir no aumento das desigualdades sociais e ferir mortalmente sua característica de universalidade, pois excluiriam do elenco de seus beneficiários todos aqueles que não podem pagar. Difícil é igualmente determinar quem são os hipossuficientes, porque, por exemplo, com o pagamento desses bens ou serviços, o cidadão pode sofrer uma forte redução no seu patrimônio, colocando-o em situação pior que um destinatário direto dessas políticas públicas. Contudo, todos que quiserem utilizar essas prerrogativas devem se submeter aos mesmos procedimentos, sem auferir nenhum privilégio em razão de sua condição social.

7.3. Inalienabilidade

Esta característica encontra-se presente desde a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que em seu preâmbulo estabeleceu: “Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, *inalienáveis* e sagrados do homem (...)”.[75]

Por essa característica, eles não estão à disposição de seu titular, o que se torna um impedimento para serem transferidos a outrem ou serem negociados, mesmo que alguns deles detenham um conteúdo econômico, patrimonial, como o direito à imagem ou a propriedade intelectual.[76] A inalienabilidade dos direitos sociais liga-se, diretamente, ao poder de autodeterminação do indivíduo, protegendo uma parcela de liberdade considerada imprescindível ao desenvolvimento do ser humano.

Quando em decorrência dos direitos fundamentais há a produção de bens patrimoniais, como os direitos autorais que são inerentes a liberdade de pensamento e expressão, esses podem ser alienados sem maiores restrições. O que permanece de livre disponibilidade do cidadão é sua capacidade de pensar e se exprimir, isto é, as prerrogativas de segunda dimensão são irrenunciáveis, podendo ser transacionado o seu resultado econômico, desde que não haja restrição legal.

7.4. Imprescritibilidade

Decorrente de seu caráter inalienável, os direitos sociais não prescrevem no tempo, podendo ser tutelados a qualquer momento pelo Poder Judiciário. Prescrição é o efeito deletério do tempo que acarreta a perda de uma ação quando ela não fora impetrada no tempo hábil descrito em lei. Pelo fato de não poderem ser transacionados e pela sua importância no ordenamento jurídico, os direitos sociais podem ser justiciáveis em qualquer elastério, mesmo havendo dispositivo em sentido contrário.

A prescrição é um instituto típico do direito privado, não podendo suas cominações ser transpostas para os direitos humanos que apresentam ontologicamente uma marca de essencialidade social. Ostentando suas cominações força vinculante, seja para entes públicos, seja para entes privados, impede-se a discussão acerca da possibilidade de transação sob pena de ser mitigada sua concretização.

7.5. Irrenunciabilidade

A irrenunciabilidade se refere ao impedimento do beneficiário dessas prerrogativas de dispor sobre elas, renunciando a sua titularidade, como se fossem objetos privados que adentrassem sua esfera de disponibilidade.

Embora o cidadão tenha liberdade para decidir se deve buscar sua tutela judicial, haja vista ser um direito subjetivo, ele não pode abdicar de seu usufruto porque se configura como um apanágio de sua própria personalidade.[77]

Em certas situações é possível a autolimitação voluntária de seu exercício, delimitando o cidadão, por vontade própria, a extensão de sua utilização. Contudo, sendo uma prerrogativa irrenunciável, sempre existe a possibilidade de voltar a exercê-lo em plenitude ou até mesmo revogar alguma decisão que o limitava.

7.6. Limitabilidade

Ao contrário do que muitos imaginam, os direitos humanos não são absolutos, principalmente os sociais que exigem forte intervenção estatal.[78] Existe a possibilidade de serem regulamentados por leis infraconstitucionais, como também possuem âmbitos de incidência conexos, fatos esses que frequentemente propiciam uma colisão entre eles. Para evitar que a mencionada antinomia normativa se transforme em uma antinomia fática, recorre-se a alguns princípios como o da proporcionalidade ou concordância prática para delimitar a incidência de cada um. Conclui-se que os direitos humanos são relativos em virtude de serem limitados por outras prerrogativas, restringindo-se uns aos outros em uma interferência recíproca.[79]

Como exemplo, cite-se o direito à vida, que, *a priori*, pode ser entendido como absoluto, mas que, após uma análise mais atenta, percebe-se que pode ser relativizado pela possibilidade de pena de morte em caso de guerra declarada. Outro exemplo de relativização dos direitos fundamentais é o caso do direito à propriedade, que pode ser flexibilizado para que os imóveis atendam a sua função social, ou o direito à liberdade de expressão, que pode ser limitado em razão de imperativos de segurança nacional.

7.7. Compatibilidade das prerrogativas sociais

Esta característica decorre da possibilidade de os direitos sociais serem exercidos em conjunto com outros, ultrapassando uma visão isolada e na

maioria das vezes deturpada. Na subsunção de cada caso concreto, inexiste antinomia, em que uma garantia seja contextualizada como antípoda a outra. Na verdade, todas são compatíveis, conformando-se diante das condições concretas de incidência. A análise tem que ser sistêmica, vislumbrando os múltiplos aspectos enfocados para que o escopo normativo possa ser alcançado.

Como a vida em sociedade é cada dia mais complexa, uma mesma conduta pode dar ensejo à incidência de mais de uma prerrogativa, como, por exemplo, o direito de reunião em que seus membros podem exercer o direito à liberdade de expressão ou os direitos de crença, liturgia e culto.

7.8. Constitucionalização

Esta característica é extremamente relevante, pois os direitos humanos necessitam de uma ampla proteção para sair do papel e se transformar em realidade, principalmente para os excluídos da sociedade. Como já fora visto, essas prerrogativas são anteriores ao Estado e inerentes à condição humana. No entanto, como são signos de reestruturação do poder, muitos são os obstáculos que se levantam a sua realização.

A finalidade de serem positivados em nível constitucional é dotá-los de maior força normativa, densificando seu conteúdo através da legitimidade do texto constitucional e de sua supralegalidade.[80] Não se tenciona asseverar que eles tenham uma incidência condicionada a sua positivação nos mandamentos constitucionais, somente assinala-se que sua concretização pode ser densificada com sua constitucionalização.

8. Coercibilidade dos direitos sociais

Na declaração de independência dos Estados Unidos, em 1776, Thomas Jefferson escreveu: “Consideramos estas verdades autoevidentes; que todos os homens são criados iguais, dotados pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca de felicidade”[81]. Pode-se, atualmente, assinalar que os direitos humanos representam “verdades autoevidentes”, que ocupam um lugar de destaque na maioria dos ordenamentos jurídicos.[82] Contudo, essas verdades

autoevidentes sofrem bastante contestação, principalmente quando se referem à efetivação dos direitos sociais.

O principal argumento em favor da eficácia vinculante dos direitos sociais é que eles são requisitos essenciais para que os direitos de primeira dimensão tenham uma real concretização. Não se pode conceber uma realização fática das liberdades clássicas se estas prerrogativas não forem acompanhadas de elementos materiais que as façam efetivas, possibilitando sua translação da esfera abstrato-dogmática. Nesta perspectiva, inexiste colisão entre direitos individuais e sociais, funcionando um como requisito para a efetivação do outro.[83]

Em uma sociedade complexa como a atual, em que pululam litigiosidades sociais, para que o cidadão possa expandir seu potencial, desenvolvendo sua personalidade, defluência de seu direito a autodeterminação, os entes estatais têm que oferecer determinadas prestações que, se não forem materializadas, o colocarão à margem da sociedade, podendo ele se tornar uma ameaça social, com custos muito mais relevantes do que os direitos sociais negligenciados.

Concorda-se com José Carlos Vieira de Andrade quando ele planteia que os mandamentos relativos aos direitos sociais a prestações não detêm caráter meramente declaratório, constituindo-se em mandamentos coercitivos, que outorgam aos cidadãos posições jurídicas subjetivas e asseguram garantias institucionais, impondo ao poderes estabelecidos a obrigação de tentar efetivá-los.[84] Ostentando igual hierarquia e estrutura que os demais direitos humanos, sua não implementação pode sujeitar o órgão estatal infrator a sofrer as sanções previstas em lei.[85]

A afirmação de que as mencionadas normas apresentam apenas valor político, destituído de eficácia, padece de razoabilidade porque todos os dispositivos jurídicos têm coercibilidade, do contrário não estariam agasalhados em dispositivos normativos. Classificar as normas jurídicas, principalmente as constitucionais, em normativas ou não normativas, mitiga a estruturação sistêmica e retira-lhes a potencialidade de produção de efeitos. A alegação de que são normas incompletas em razão de exigirem complementação do legislador se mostra infundada devido à eficácia imediata dos direitos humanos, de acordo com o art. 5º, § 1º, o que permite que suas prerrogativas possam ser implementadas sem que tenham de esperar por regulamentação do Poder Legislativo.

Essa discussão centralizada na temática de que os direitos sociais não ostentam eficácia, sendo classificados como normas políticas ou morais, sob o prisma dogmático-jurídico, encontra-se totalmente superada, principalmente depois do *crash* econômico de 2008 em que as grandes economias capitalistas tiveram que intervir no mercado para garantir um mínimo de solvabilidade ao sistema econômico, assegurando um padrão mínimo de empregabilidade, isto é, houve um alto nível de intervenção estatal para, dentre outros motivos, zelar por um direito social. Alçada a Constituição ao patamar de pacto vivencial da sociedade, as prerrogativas de segunda dimensão precisam ser concretizadas porque se configuram com um mínimo comum de integração social, ferramenta em que cada um dos cidadãos se reconhece como componente da sociedade. Portanto, eles ostentam eficácia, dependendo de fatores outros a determinação do grau dessa produção de efeitos.

Essas prerrogativas não apresentam uma estrutura normativa diferente dos direitos individuais ou coletivos.[86] Eles são considerados como normas jurídicas, apresentando a mesma coercibilidade. O problema é que os direitos sociais interferem na seara privada, especialmente na economia, com o escopo de dividir os ativos sociais e amparar a população mais carente. Em decorrência, essa atuação afronta vários interesses, mormente em um país periférico em que o espaço público fora apropriado por uma elite que tem verdadeira aversão a qualquer tipo de política redistributiva.

Com o escopo de garantir essa densificação dos direitos humanos, principalmente dos direitos sociais, o axioma da separação dos poderes sofreu uma reestruturação completa. Ele deixa de ser alicerçado com base em sua funcionalidade e passa a se fundamentar teleologicamente no cumprimento dos mandamentos constitucionais. Assim, não há mais função típica ou atípica, mas uma atuação para estabelecer os freios e contrapesos, no sentido de que os mandamentos constitucionais possam ser cumpridos.

Dessa forma, quando os direitos sociais são descumpridos, qualquer um dos poderes estabelecidos deve atuar para sanar o acinte. As hipóteses mais comuns de máculas encontradas na atualidade são quando essas prerrogativas não podem ser efetivadas por falta de regulamentação ou quando a administração pública não assegura determinado serviço ou prestação material em uma intensidade suficiente. No escopo de garantir efetividade aos direitos sociais, o Poder Judiciário assume um papel muito relevante. Quando houver uma omissão de regulamentação por parte do

Legislativo ou a inexecução de serviços ou prestações materiais por parte do Executivo, ele pode legislar de forma supletiva ou forçar a implementação da prestação não executada, desde que se atendo à densidade suficiente do direito pleiteado.

Não se deve esperar que o Poder Judiciário funcione como uma panaceia para a resolução dos problemas de eficácia dos direitos sociais. O motor de sua força normativa se encontra no grau de legitimidade que ele aufere da sociedade, tornando essa demanda um valor que obtenha consentimento dos mais expressivos setores. Dentro da sistemática dos freios e contrapesos, o Poder Executivo também deve pressionar os entes estatais infratores, bem como o Poder Legislativo, que deveria ser a caixa de ressonância da sociedade.

Inexiste razoabilidade para se defender que os direitos sociais não são justiciáveis, em razão de que eles apresentam a mesma taxionomia que os outros, estando protegidos pela mesma intensidade de força normativa. Nem o fato de que eles necessitam de prestações materiais, ao encargo da administração pública, serve para retirar a veracidade da afirmação primeira. Argumentação ainda mais débil se configura na afirmação de que exigem regulamentação para sua subsunção. A falta de regulamentação normativa pode ser suprida supletivamente pelo Judiciário ao permitir a utilização de disposição análoga para a realização de seu conteúdo.

Eles são justiciáveis como as demais normas, apenas seu âmbito de incidência não pode ser determinado *a priori*, *prima facie*, demandando maior elaboração dogmática para indicação de sua densidade suficiente. Afora essa circunstância, inexiste justificação para a diferenciação entre as dimensões dos direitos humanos.[87] Havendo um afronta ao seu cumprimento, o Poder Judiciário tem a obrigação de garantir a tutela prestacional dessa prerrogativa, assegurando a prestação da densidade suficiente da demanda.

8.1. A dificuldade de eficácia dos direitos sociais

De forma equivocada, alguns doutrinadores afirmam que a maior parte dos direitos sociais tem apenas eficácia quando forem regulamentados, sem nenhum tipo de eficácia imediata. Na realidade, todas as normas jurídicas, mesmo as programáticas, ostentam possibilidade de produção de

consequências de formas imediatas e mediatas. Efeitos imediatos são os instantâneos, autoexecutáveis sem depender da criação de nenhuma outra norma ou realização de serviço. Efeitos mediatos são aqueles que produzem todas as suas consequências apenas quando forem regulamentadas. Em decorrência do exposto, até as normas programáticas produzem efeitos imediatos, no sentido de que não pode haver normatizações que violem seu conteúdo e têm assegurada a eficácia de seu núcleo essencial.

As obrigações decorrentes da cominação dos direitos sociais são exigíveis e não dependem da discricionariedade da administração ou do legislador.[88] Elas têm como fato gerador a mesma gênese das outras normas constitucionais, o Poder Constituinte, possuem taxionomia jurídica e sua inaplicação acarreta iguais sanções jurídicas previstas aos demais dispositivos.

Existem vários matizes doutrinários que levantam barreiras contra a eficácia imediata dos direitos sociais.[89] A argumentação clássica é que essas prerrogativas representam uma justificação razoável para que o Estado intervenha na sociedade podando a liberdade do cidadão. A atuação intervencionista dos entes estatais suprimiria o livre-arbítrio, marcando sua atuação por arbitrariedades aos direitos individuais, no que estimularia um retorno ao Estado absolutista. Esta linha argumentativa clássica se mostra desarrazoada porque parte da falsa premissa de que a intervenção estatal suprimiria as liberdades clássicas. Toda e qualquer prerrogativa humana necessita de intervenção estatal, constituindo mesmo um requisito para sua concretização, pois sem esses requisitos materiais sua efetivação seria impossível.

A segunda linha argumentativa é que essas normatizações não possuem uma conotação universalista, sendo próprias de cada sociedade em razão de suas idiossincrasias. Planteia José Adércio que o particularismo dos que advogam esta tese estaria tanto no fato de não serem sempre aplicáveis a cada um e a todos os membros da sociedade, em decorrência da posição ocupada por cada membro, quanto de serem apenas perifericamente garantias da dignidade humana.[90] A conceituação dessas prerrogativas é universal, o que sofre modificação é sua incidência em cada realidade concreta, em que as condicionantes fáticas desempenham uma função premente. Não há grandes discussões no concernente ao direito à educação ou à saúde, a problemática fulcral se configura na discussão da

determinação dessas duas prerrogativas, mesurando o exato conteúdo da incidência normativa.

A terceira frente contrária aos direitos humanos propugna que eles não são dispositivos jurídicos, mas são cominações morais, apresentando caminhos genéricos aos poderes constituídos. Seriam exortações aos cidadãos, sem que sua demanda de inexecução possa ser apreciada pelo Poder Judiciário. Todavia, para se concordar com essa afirmação precisa-se responder a essas indagações: se são normatizações morais, então por que foram positivadas no Texto Constitucional? Por que são justiciáveis pelo Poder Judiciário? Há alguma diferença estrutural que as faça perder sua taxionomia jurídica? Portanto, como são normas constitucionais, dotadas de supralegalidade, podendo ser tuteladas por instrumentos jurídicos, possuindo a mesma estrutura dos demais mandamentos, inexiste razoabilidade teórica para asseverar que são disposições morais.

Por último, a impugnação democrática, que propugna que os direitos sociais são normatizações arbitrárias porque retiram dos representantes da soberania popular, os parlamentares e a administração pública, a possibilidade de escolherem como esses mandamentos são realizados.[91] Em virtude de essas prerrogativas serem efetivadas através de políticas públicas, que possuem nítido caráter discricionário, seu direcionamento deveria ocorrer exclusivamente por decisões políticas, proferidas pelos representantes populares que detêm legitimidade para tanto, sem que os membros do Poder Judiciário pudessem intervir por não possuírem autorização nem conhecimento necessário para a realização da tarefa. A intervenção do judiciário seria ato completamente antidemocrático, adentrando uma esfera que fora reservada à atuação dos poderes políticos constituídos.

Pela importância desempenhada pelas prerrogativas ora analisadas, constituindo-se no núcleo valorativo do *Welfarestate*, a sua construção não pode ficar ao talante de maiorias parlamentares esporádicas. A personificação da soberania popular é cristalizada na política constitucional, *higher lawmaking track*, contando com uma carga elevada de legitimidade. A produção legislativa ordinária, *lower lawmaking track*, não carrega a legitimidade suficiente para descumprir mandamentos constitucionais, impedindo comparações entre a força normativa dos representantes ordinários e a ostentada pelos legisladores constituintes.[92] Assim, conclui-

se que a acusação de os direitos sociais serem antidemocráticos não é válida porque maior grau de legitimidade popular dispõem as normas constitucionais que foram feitas pelos legisladores constituintes.

Canotilho elenca três perspectivas de argumentações contra a densificação dos direitos fundamentais: plano político-constitucional, em que as suas prestações jurídicas são claudicantes em razão de pressuporem sempre a necessidade de dispor de uma reserva econômica; plano jurídico-dogmático porque ao contrário dos direitos clássicos, que exigem uma omissão do Estado, as prerrogativas de segunda dimensão demandam uma intervenção ativa no fornecimento de prestações; plano metódico e metodológico em virtude de os direitos de primeira dimensão permitirem claramente sua justiciabilidade, enquanto os prestacionais, por terem um conteúdo mais abstrato, exigirem procedimento hermenêutico mais específico.[93]

A não efetividade dos direitos sociais não se deve a características inerentes a sua estrutura normativa, podendo ser imputada essa deficiência a uma ausência de vontade política em sua concretização, pois os principais beneficiados estão excluídos dos processos de decisão política. Inexiste intenção em sua concretização porque há outras finalidades prioritárias para alocação das receitas do Estado, mesmo que esta efetivação seja considerada como essencial para a evolução da sociedade.

Nesse sentido são as palavras de Liana Cirne Lins: “Porém, apesar de reconhecida a abertura e acuidade textual também das normas dos direitos de liberdade, a estes uma muito maior eficácia é de plano reconhecida. O amplo reconhecimento doutrinário de vacuidade e indeterminação textual dos preceitos constitucionais consagradores dos direitos de liberdade permite conduzir à conclusão de que seu tratamento díspar quanto à sua aplicabilidade provém, antes, do fato de os direitos de liberdade já terem ultrapassado seu momento histórico de afirmação, sendo hoje plenamente consagrados no plano político, razão que sobrepuja mesmo a estrutura aberta de seus preceitos. Assim, é sua consagração política – e não jurídica – que lhe permite a dotação de um regime jurídico que consiste na sua plena eficácia imediata e que é tido pela doutrina tradicional como completamente distinto do regime jurídico dos direitos sociais”.[94]

Por sua efetividade ser complexa, a concretização dos direitos de segunda dimensão deve levar em consideração circunstâncias materiais, observando, diante das conjunturas fáticas, a extensão de sua incidência. Com isso não

se defende sua insegurança, variando ao sabor de uma caneta discricionária. Contudo, esses dispositivos não podem ser aferidos de forma voluntária, sem adequação com as condições sociopolítico-econômicas. Os afãs mais voluntariosos vão sendo aplainados à medida que as decisões sejam proferidas pelas instâncias superiores, até chegar ao Supremo Tribunal Federal que definirá seus contornos.

A densidade suficiente fornece um claro indicador dos contornos de seu conteúdo, impedindo a produção de dessimetrias em sua aplicação. Sua consolidação, aproveitando-se da riqueza auferida na ligação entre a normalidade e a normaticidade, fornece aos operadores jurídicos um vetor mais do que suficiente para expungir qualquer alegação de indeterminação em sua aplicação.

Mesmo padecendo de uma alta carga de abstração, os direitos sociais são aptos a produzir efeitos imediatos, dentre os quais se destacam: a) asseguram a eficácia da densidade suficiente de seu conteúdo; b) produzem revogação das normas anteriores; c) vinculam o legislador a produzir sua regulamentação; d) acionam o controle de constitucionalidade daquelas normas que infligem seu conteúdo, seja por ação ou omissão; e) são parâmetros para a interpretação, integração e aplicação das normas.

A complexidade de efetivação dos direitos sociais pode ser imputada a três fatores e as consequências deles advindas: a necessidade de serem instituídas políticas públicas para sua efetivação; o sentido aberto de seus textos normativos e a vinculação aos poderes estatais.

Os direitos sociais, de forma bem mais incisiva do que as demais prerrogativas, necessitam para sua concretização de pressupostos extrajurídicos para sua realização. Eles são prestações materiais que de alguma maneira se entrelaçam com as condições econômicas vigentes na sociedade, sendo determinados pelo grau de distribuição de bens e riqueza na sociedade. Canotilho denomina pressupostos de direitos fundamentais, consistindo em uma multiplicidade de fatores como a capacidade econômica, a ética imperante, a distribuição de bens, o nível educacional, as tradições culturais etc., que condicionam, de forma positiva ou negativa, a realização desses direitos.[95]

Quando as prerrogativas de segunda dimensão são prestacionais, elas envolvem um conteúdo econômico preponderante, por intermédio de políticas públicas, e sua concretização ocorre de forma paulatina,

dependendo de conjecturas políticas. Precisa-se da atuação de órgãos administrativos, com o direcionamento de recursos orçamentários e planejamento para que o resultado pleiteado seja atingindo, o que, em muitos casos, demora lapso temporal considerável. O aspecto normativo não é suficiente para resolver o problema, pressupondo a interseção da normatividade atrelada a uma decisão política de realizar tais postulações.

Como exige a canalização de vultosas somas econômicas, as políticas públicas mencionadas interferem na distribuição dos ativos sociais, pressionando por uma reelaboração na forma como ela ocorre. A distribuição da riqueza social sofre transformação, atendendo setores da população que não estavam inseridos nesse processo. Esse deslocamento de ativos econômicos, que beneficia os mais necessitados, por outro lado, prejudica aqueles que sempre auferiram benefício das políticas públicas, geralmente concentradoras de renda. Advém dessa constatação fática, a oposição que se forma contra as tentativas de concretização dos direitos sociais, geralmente tachando-as, pejorativamente, de assistencialista, de incentivar a desocupação e a corrupção da máquina pública.

A segunda grande complexidade se configura na imprecisão normativo-conceitual desses direitos, em que o texto legal não oferece todos os direcionamentos para sua concretização de “forma automática”. Neste caso, os demais elementos para a subsunção advêm do contexto fático, pressupondo claramente um posicionamento não literalista.[96]

Apesar da maior parte das estruturas normativas das prerrogativas de segunda dimensão ser formadas de princípios, esse fato não lhes retira a natureza jurídica nem muito menos sua coercitividade. Elas impõem certo conteúdo que deve ser acatado sob pena de imposição de sanção jurídica. Apenas esse dado fático obriga os operadores jurídicos a “exigências metódicas mais elevadas”, na medida em que os elementos gramaticais do texto não mostram um indicador uníssono a sua concretização, o que impede a dedução de “pretensões subjetivas jusfundamentais” de forma generalizada e automática.[97]

Sua realização depende de circunstâncias metajurídicas, principalmente do estabelecimento de consensos essenciais na definição de seu nível de concretude, por intermédio da consolidação da densidade suficiente de cada um desses direitos. O pretexto de que sua incidência situa-se ao largo da literalidade positivista não serve como argumento para sua debilidade

normativa porque, como afirma Oppenheim, as interpretações judiciais não passam de uma máscara para que os juízes possam exercer a função legislativa.[98]

O último fator de complexidade é que esses dispositivos não podem obter efetivação se não houver uma sincronia de atuação dos poderes estabelecidos. Cabe ao Executivo estruturar os serviços, disponibilizando os recursos para que eles percam o teor abstrato e entrem na realidade fática. Tem o Legislativo a obrigação de regulamentá-los para facilitar sua subsunção normativa e incumbe ao Judiciário garantir sua realização, mormente no que afrontar seu conteúdo essencial. Como atos complexos que são, o estorvo é modular essa atuação para impedir omissões e superposições.

9. *Entrenchment* dos direitos sociais

9.1. Conceito de *entrenchment*

De maneira bem sucinta pode-se dizer que *entrenchment* ou entrincheiramento, também chamado de proibição do retrocesso, princípio do não retorno da concretização ou princípio da desnaturação do conteúdo da Constituição, é a tutela jurídica da densidade suficiente dos direitos humanos, respaldada em uma legitimação social, evitando que possa haver um retrocesso, seja através de sua supressão normativa ou por intermédio da diminuição de suas prestações à coletividade. Uma maior necessidade de se avolumar sua teorética volta-se principalmente para os direitos sociais, que, pelas consequências produzidas na sociedade, sofre uma maior restrição.

Dessa forma, as prerrogativas dos cidadãos são fixadas em uma determinada intensidade e essa intensidade é protegida para que sua eficácia não se torne cambiante de acordo com variáveis sociais, acarretando uma proteção à precisão dos valores constitucionais, o que impede sua modificação para atender a particularidades e, ao mesmo tempo, serve para aumentar a segurança jurídica do conteúdo das normas constitucionais e efetivar a jurisdição constitucional.[99]

Posner e Adrian definem o entrincheiramento como a promulgação de lei

ou outros tipos normativos que obrigam as legislaturas subsequentes a obedecer ao conteúdo elaborado.[100] Ingo Sarlet liga o princípio da proibição ao retrocesso ao princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de que o primeiro é um instrumento de proteção do segundo, e este se configura como a qualidade intrínseca de cada cidadão que o faz merecedor de um amplo leque de direitos e deveres fundamentais, garantindo a todos condições mínimas de bem-estar social para permitir o florescimento de suas qualidades potenciais.[101]

De acordo com o nível de proteção de seu conteúdo, o professor José Carlos Andrade Vieira divide o *entrenchment* dos direitos fundamentais em três categorias. Tem uma intensidade máxima quando as concretizações legais forem consideradas materialmente constitucionais. Apresenta grau intermediário quando os seus efeitos forem ligados ao princípio de proteção da confiança ou à necessidade de fundamentação dos atos legislativos que retrocedem. É considerado de grau mínimo quando a proteção se restringir a impedir a destruição do nível essencial dos direitos fundamentais, ligado ao conceito de dignidade da pessoa humana.[102]

Anupam Chander divide o *entrenchment* em absoluto, que se configura imutável, sendo infenso a modificações, mesmo se forem realizadas pelo Poder Constituinte;[103] e procedimental, que exige que a norma futura que modifique o conteúdo protegido pelo princípio do não retorno da concretização siga determinadas formas e ritos de modo obrigatório, sob pena de não poderem produzir efeitos.[104]

O *entrenchment* do núcleo basilar dos direitos sociais funciona como uma garantia à efetivação dessas prerrogativas, impedindo um retrocesso em sua concretização e, consequentemente, aumentando o nível de densidade da *Lex Mater*.[105] O entrincheiramento, como o étimo da palavra já clarifica, configura-se no encastelamento da eficácia suficiente dos direitos sociais dentro do ordenamento jurídico, solidificando este conteúdo no tecido coletivo. Seu escopo é fortalecer a densidade normativa desses direitos, funcionando também como elemento catalisador de legitimidade ao Estado Democrático Social de Direito, realizando o que Canotilho chamou de solidificação da legalidade democrática.[106]

A finalidade do *entrenchment* é garantir eficácia ao ordenamento jurídico, dotando-o de segurança jurídica, o que faz com que as normas deixem de ter um papel retórico e possam ter uma concretude prática. Como as normas

são cada vez mais principiológicas, a determinação de seu conteúdo eliminaria a insegurança do sistema e igualmente evitaria a proliferação de antinomias.

A concepção de entrincheiramento ou proibição do retrocesso assegura uma proteção ao conteúdo dos direitos humanos em geral, mantendo um nível base de determinada concretude normativa.[107] Contudo, o *entrenchment* não impede a evolução dos direitos, depois de garantir uma intensidade suficiente, reforçando sua legitimidade na sociedade, a finalidade configura-se em expandir o entrincheiramento mais adiante, propiciando maiores prerrogativas à população.

A incidência do princípio do entrincheiramento não abrange todas as normas da Constituição, mas apenas aquelas consideradas como direitos humanos. Se o seu conceito perpassasse todas as normas constitucionais, o teor de discricionariedade do legislador ordinário seria fortemente mitigado, afetando um dos dogmas do regime democrático. Pela densidade axiológica que essas prerrogativas promanam para a legitimação da Constituição é que o *entrenchment* se refere de forma exclusiva a essas prerrogativas, que podem ser implícitas ou explícitas.

Seu escopo não é a constitucionalização de todas as normas infraconstitucionais que regulamentam a prestação dos direitos sociais, podendo elas ser revogadas por qualquer outra norma. O objetivo é impedir o esfacelamento do conteúdo basilar dos direitos de segunda dimensão, pois se isto acontecesse significaria relegar à ausência de eficácia importantes mandamentos da Constituição, perpetrando, assim, uma inconstitucionalidade.

O princípio do não retrocesso também pode assumir um aspecto negativo, no sentido de *entrenchment of discrimination*, quando decisões do Judiciário servem apenas para manter privilégios, impedindo o avanço de demandas que são anseios da maioria da população.[108] Para evitar este perigo, a possibilidade de incidência do princípio do não retrocesso se limita apenas aos direitos humanos, desde que seu conteúdo suficiente seja garantido. Se porventura houver a proteção de um direito sem o respeito de seu núcleo basilar, estar-se-á praticando uma crassa inconstitucionalidade, que deve ser reprimida pelos mecanismos de supralegalidade.

Andreas Krell expressa que os defensores da teoria da proibição do retrocesso ainda não se aprofundaram na questão para saber se a

manutenção do nível de prestação social alcançado impede reduções do nível de organização fática dos serviços e do volume de prestações materiais, por parte dos poderes Executivo e Legislativo. Não obstante, afirma que a aplicação da teoria da proibição do retrocesso levaria a uma proteção maior dos direitos fundamentais sociais do que dos direitos fundamentais de liberdade.[109]

O *entrenchment* dos direitos fundamentais igualmente projeta efeitos prospectivos, ou seja, ao mesmo tempo que defende os atos já incorporados ao patrimônio dos cidadãos, ele assegura que as próximas gerações irão da mesma forma usufruir igual prerrogativa, se possível, com maior intensidade. Sua função não é apenas impedir atos ou leis retroativas, mas assegurar a eficácia de um conteúdo basilar dos direitos fundamentais para a posteridade, esconjurando o perigo de um retrocesso dos direitos sociais.[110]

O princípio do não retorno da concretização favorece ainda a evolução dos direitos sociais. Partindo do consenso firmado pelo entrincheiramento dos direitos fundamentais, a negociação para o seu desenvolvimento se torna mais fácil, já que o *standard* protegido, entrincheiramento, goza de grande grau de normatividade e legitimação social. A sedimentação da carga axiológica do entrincheiramento dos direitos fundamentais no tecido social garante muito mais a densificação de sua eficácia do que medidas de natureza exclusivamente jurídicas.[111] A proibição do retrocesso também fortalece a confiança no ordenamento jurídico, favorecendo o desenvolvimento das relações sociais, ao mesmo tempo que protege a sua estabilidade.

Para o professor Michele Carducci o entrincheiramento exprime o desenvolvimento constitucional de uma comunidade específica porque é perseguida pela coordenação social de todos.[112] Afirma o professor Leccese que não basta apenas o aparecimento do direito constitucional no texto normativo para ativar o *entrenchment*, necessitando de uma aprendizagem difusa da prática argumentativa e decisória, com base em argumentos racionais e contrabalanceados.[113]

No debate doutrinário europeu sobre o princípio do não retrocesso, a defesa dos direitos sociais ocorre no espaço público, em que as decisões são obtidas através de um consenso realizado por critérios racionais, balanceados no interesse coletivo devido ao diminuto nível de desigualdade

existente. A realidade dos países periféricos é bem diferente, devido às desigualdades sociais que pululam na sociedade, o entrincheiramento auferido no espaço público é bem mais difícil; a própria democracia apresenta sérias deficiências. O *entrenchment* dos direitos fundamentais tem que se alicerçar também nas decisões judiciais, buscando amparo, simultaneamente, na sociedade para o desenvolvimento dos seus preceitos.

9.2. Estabelecimento dos parâmetros do *entrenchment*

Um primeiro parâmetro para o estabelecimento do princípio do não retorno da concretização é auferido pelo texto da Magna Carta, já que ela tem a função de expressar de forma positiva aqueles valores que são considerados imprescindíveis para o desenvolvimento da vida social. Analisando a letra dos dispositivos da Lei Maior podem ser verificados os valores que foram agasalhados, oferecendo um referencial para a concretude da defesa do conteúdo basilar dos direitos sociais.

Segundo parâmetro são os dispositivos infraconstitucionais que regulamentam a aplicação das prerrogativas de segunda dimensão. Como parte dos direitos humanos têm uma eficácia contida, os mandamentos produzidos pelos legisladores infraconstitucionais podem mitigar a abrangência de seu conteúdo, desde que respeitem sua densidade suficiente. O terceiro referencial são as decisões judiciais que podem firmar um determinado conteúdo, impondo, de forma até vinculante, sua obrigatoriedade para todos os poderes estabelecidos. O quarto vetor são os posicionamentos doutrinários, que servirão de arrimo para que entrincheiramentos possam ser criados, assegurando sua legitimação de forma direta pela população. Por último, o nível de prestações materiais implementadas pelo Executivo, que, em regra, deve ser conservado para não fragilizar as perspectivas de desenvolvimento dos cidadãos.

Não se está pleiteando um voluntarismo das decisões judiciais, em que os juízes sejam alçados ao patamar de pitonisas da sociedade. O entrincheiramento deve ser mantido apenas com relação ao conteúdo basilar dos direitos sociais, vedando sua alteração mesmo que seja pelo Poder Reformador, sendo estes definidos de acordo com fatores sociopolítico-econômicos, sob pena de se tornarem folhas de papel em uma linguagem

lassalliana.[114] Assim, não se está tentando afirmar que o conteúdo das normas principiológicas pode ser estabelecido *a priori*, por intermédio de metodologia estritamente jurídica, advindo a necessidade de sua interação com a sociedade.

Em um país em que o sistema político não funciona a contento, devido a suas várias imperfeições, decisões provindas de Órgãos como o Judiciário, o Ministério Público, o Conselho Nacional de Justiça podem significar um avanço para a sociedade, desde que encontrem respaldo na população. Contudo, se estas decisões forem voluntaristas, sem suporte na densidade axiológica vigorante, elas não serão cumpridas, pois falta uma simetria entre a normatividade e a normalidade.[115] Por outro lado, havendo esta simetria, com o apoio da maioria da população, pode a decisão ser concretizada, representando um avanço nas práticas políticas porque seguramente influenciará pronunciamentos semelhantes por parte do Executivo e Legislativo.

Portanto, a proibição do retrocesso pode ser reconhecida na esfera das decisões judiciais, contudo, deve estar respaldada por condições sociais, para auferir legitimidade dentro das relações de poder existentes na sociedade, sendo estas condições um requisito imprescindível a sua concretização. Como não é um dado apenas dogmático, um *a priori* normativo, seu conteúdo valorativo primeiro deve ser paulatinamente incorporado à sociedade para depois ser concretizado juridicamente.

Uma pergunta que pode ser formulada é para quem se destina o princípio do não retorno da concretização? Primeiro, ele representa um óbice a sua modificação por parte do Poder Legislativo, que fica obrigado a respeitar a densidade suficiente dos direitos sociais, que é um mandamento esculpido no texto da Constituição. Segundo, o Poder Executivo tem a obrigação de garantir sua concretização, impedindo, até mesmo, reduções no nível de prestação para a sua concretização. Terceiro, cabe ao Poder Judiciário uma dúplice função, ao mesmo tempo que garante a obrigatoriedade da realização de seu conteúdo, nenhum de seus órgãos pode descumprir ou decidir de outro modo ao que fora estabelecido como protegido pelo entrincheiramento.

9.3. *Entrenchment* e engessamento normativo dos

direitos sociais

Ele é considerado como uma exceção, antes de ser uma regra, já que não tem o objetivo de "degradar a mera função executiva da Constituição o Poder Legislativo". Considera-se materialmente constitucional apenas o seu núcleo essencial, no que proporciona aos cidadãos acesso às prerrogativas básicas do *Welfarestate*.[116]

Não restam dúvidas de que o princípio da proibição ao retrocesso configura-se como uma restrição à autonomia do Poder Legislativo. Todavia, encontra respaldo porque o único poder ilimitado juridicamente que existe é o Poder Constituinte. A fundamentação dessa restrição é substancial e teleológica. Substancial porque os direitos sociais fazem parte das cláusulas pétreas e teleológica em razão de que seu objetivo é possibilitar que os cidadãos tenham assegurado o exercício de prerrogativas consideradas essenciais para o convívio coletivo. Por outro lado, as normas constitucionais, principalmente os direitos humanos, ostentam um grau axiológico muito maior do que as normas produzidas pelo legislador ordinário, legitimando as decisões, até mesmo as mais controvertidas, da jurisdição constitucional.

O entrincheiramento não se resume apenas a sua dimensão formal, no sentido de evitar a revogação de uma lei que garante determinados benefícios à população ou até mesmo o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido. Funciona igualmente para obstacular o retrocesso em prestações materiais fornecidas pelos entes estatais, como, por exemplo, serviços básicos como saúde e educação. Tenciona-se impedir que a qualidade das prestações oferecidas pelo Estado possa sofrer um retrocesso, mitigando o Estado de bem-estar social em nome de imposições do mercado que privilegiam uma minoria.

Indubitavelmente, o princípio do não retrocesso significa uma vedação a modificação de núcleos essenciais de direitos sociais pelos poderes estabelecidos ordinários, impedindo sua alteração pelo legislador comum. Essa proteção não representa uma extensão da abrangência das cláusulas pétreas, o que, se concretizado, configuraria uma fraude à constituição porque o "núcleo intangível" da Lei Maior apenas pode ser elaborado pelo Poder Constituinte. No caso brasileiro, os direitos fundamentais fazem parte das cláusulas pétreas, sejam eles de que dimensões forem, protegendo-os de

supressão pelo Poder Reformador. O entrincheiramento está garantindo um mínimo de eficácia a estas prerrogativas e possibilitando uma maior eficácia dos direitos sociais, condição *sine qua non* para aumentar a força normativa da Carta Magna.[117]

9.4. Possibilidade de relativização do *entrenchment* dos direitos sociais

É uma parêmia nos EUA a expressão de que "uma legislatura não pode amarrar as demais",[118] sendo assente na doutrina de que é pernicioso ao sistema jurídico o *entrenchment* de leis ou de outros atos normativos.[119] Todavia, o fator teleológico do entrincheiramento dos direitos sociais não é evitar a evolução das normas, mas garantir uma substância mínima de prerrogativas pertencentes a todos os cidadãos.

Como foi mencionado no início, a natureza da proibição do retrocesso é principiológica, o que impede sua interpretação de forma absoluta. Assim, ele não se constitui em um instrumento intangível, com um teor imodificável. Uma relativização do entrincheiramento pode ocorrer desde que o núcleo do direito humano, sua essência ontológica, seja respeitado. Diante de graves problemas conjunturais, a extensão e o aprimoramento do conteúdo suficiente podem ser mitigados, deixando intacta sua densidade suficiente. Passando a densidade suficiente dos direitos sociais a não mais contar com o grau de legitimidade exigido, para a sua superação há necessidade do fenômeno da transconstitucionalização, ou seja, da criação de uma nova Constituição.

A relativização do princípio da proibição do retrocesso apenas pode ocorrer em situações excepcionalíssimas, desde que o conteúdo basilar dos direitos fundamentais seja preservado. Canotilho e Vital Moreira ensinam: "A ser admissível qualquer restrição a este princípio (v.g., estado de incapacidade financeira do Estado), então ela deve ficar sujeita, na parte aplicável, às regras constitucionalmente estabelecidas para as restrições dos direitos, liberdades e garantias, nomeadamente a necessidade e a proporcionalidade (cfr. art. 18ª –2 e 3), devendo salvaguardar sempre o conteúdo mínimo necessário de satisfação desse direito".[120]

Segundo Jorge Miranda, a densidade suficiente dos direitos sociais pode

ser mitigada na vigência do estado de sítio ou do estado de emergência e em caso de crises econômicas e financeiras de extrema gravidade – somente nas situações de anormalidade, depois regressando ao *status quo* anterior. Nessas hipóteses, segundo o Professor, embora sem suspensão formal das prerrogativas, pode o legislador suspender o grau de concretização das prestações ou serviços.[121]

Não é função do entrincheiramento ensejar a fossilização normativa da Constituição, cerceando a realidade de acompanhar os eventos fáticos e contribuindo com a perda de eficácia do ordenamento jurídico. Seu teor absoluto liga-se ao escopo teleológico que condiciona sua existência, assegurando a prestação não em seu sentido nominal, mas sim em seu aspecto real. A proibição de retrocesso não pode ser configurada como uma limitação peremptória ao Poder Legislativo, sua função é concretizar determinada densidade suficiente aos direitos humanos, preponderantemente aos de segunda dimensão.

Depois de sua realização, nada impede a evolução deste conteúdo ou sua supressão em virtude da verificação de sua desnecessidade. Por exemplo: uma dada sociedade resolve que deve ser investido certo percentual do orçamento anual em ensino fundamental. Depois de vários anos do sucesso da implementação da medida, reduz o número de crianças devido a uma diminuição na taxa de natalidade, resultando em um aporte demasiado para a educação infantil. Portanto, uma vez realizado o escopo que objetivou a criação do entrincheiramento pode haver sua supressão, se as causas não mais persistirem, ou se for necessária sua evolução para atendimento de outras demandas correlatas.

Mark Tushnet afirma que o entrincheiramento dos direitos humanos é pernicioso ao ordenamento jurídico porque provoca sua petrificação. Além do mais, não se configura como o instrumento mais adequado para a proteção dos direitos fundamentais pelos seguintes motivos: a) pela generalização do conteúdo que alicerça o entrincheiramento, fazendo com que seu alcance seja indeterminado; b) porque o princípio do não retrocesso pode obstruir a evolução dos direitos fundamentais; c) devido a procedimentos hermenêuticos possibilita-se a proteção de determinados direitos em alguns casos e, em outros, há a possibilidade de deixá-los sem amparo jurídico.[122]

A crítica direcionada, principalmente pela doutrina norte-americana, não

possui parâmetros de razoabilidade no Brasil porque os direitos protegidos foram agasalhados pela Constituição Federal e o que se está tentando assegurar é uma densidade suficiente, que pelo teor de legitimidade que os amparam, traduz-se na essência do próprio pacto vivencial da sociedade. O que não pertencer à determinação de um núcleo mínimo, destituído da proteção do *entrenchment*, pode ser reduzido pelo próprio legislador ordinário. E, a qualquer momento, pode haver atuação do Poder Constituinte para moldar novamente os contornos estruturais da sociedade.

9.5. *Entrenchment* e o papel do Poder Judiciário

Na verdade, o princípio do não retrocesso apresenta um dilema que aflige a seara do direito constitucional: por um lado, a necessidade de dar maior proteção aos direitos sociais, que são dispositivos essenciais ao pacto vivencial da sociedade; e, de outro, incrementar e também proteger os princípios inerentes ao autogoverno dos cidadãos e os mecanismos do regime democrático.[123]

E por que o Poder Judiciário poderia resguardar de melhor forma os princípios contidos na Constituição?[124] Segundo Robert Licht porque o Judiciário possui algumas características que o impelem à realização de tal objetivo, como condições intelectuais e políticas.[125] Intelectualmente porque os juízes são servidores públicos que gozam de razoável preparo técnico e politicamente porque não estão adstritos de forma direta às injunções partidárias, não necessitando de conjunturas eleitorais para a manutenção de seus cargos.

Como o Poder Judiciário está extrinsecamente estruturado pelo princípio da legalidade, ele não pode descumprir a Constituição ou deixar suas normas sem terem eficácia. Os juízes não podem decidir de forma arbitrária o núcleo suficiente dos direitos sociais porque eles estão, ao menos de forma referencial, estipulados na Lei Maior, sendo sua determinação normativa. Mesmo no preenchimento de seu sentido principiológico, as injunções sociopolíticas precisam ser respeitadas sob pena de não encontrarem legitimidade para sua realização.

O Poder Judiciário não é um órgão nem de avanço nem de retrocesso das conquistas sociais. Ao longo do tempo ele tem servido a estes dois papéis: como progresso pode ser citado o caso da defesa dos direitos humanos, no

Pós-Guerra, realizado pelo Tribunal Constitucional alemão; como de retrocesso, o exemplo da França, pré-revolucionária, em que o Judiciário servia como instrumento de manutenção do privilégio da nobreza feudal.

Ele será um fator desencadeante de evolução social se seu objetivo for garantir as conquistas outorgadas por uma Carta Constitucional que, por determinados motivos históricos, permitiu uma mobilização popular para a concretização de seus interesses, principalmente por meio de normas de conteúdo social. Será um órgão de retrocesso se a Constituição não tiver estabelecido normas de conquistas sociais ou se ela for uma Carta analítica como a norte-americana. Neste caso, o Poder Judiciário tende a se comportar como um órgão de manutenção do *status quo* até que haja forte pressão da sociedade organizada para que ele possa mudar de posicionamento, como também exemplifica o caso norte-americano na época da grande depressão.

10. Eficácia horizontal dos direitos sociais

A expressão semântica infra-assinalada designa o fenômeno da expansão da incidência normativa dos direitos sociais, ultrapassando os limites das relações públicas. O étimo eficácia horizontal é impreciso haja vista que pode abranger relações entre cidadãos e o Estado, e não apenas entre cidadãos e cidadãos. A expressão alemã *Drittwirkung* significa eficácia externa ou relação a terceiros.[126]

A sua função não é somente de complementar as regras jusprivatistas em caso de lacuna, o que é por demais admitido pela doutrina e jurisprudência. Mas advogar que o *pacta sunt servanda* não pode se configurar como um estorvo para a efetividade dos mandamentos constitucionais. O individualismo orgânico proposto por Hayek, bem como a *lex mercatoria* hodiernamente vigente, não são suficientes para criar um *apartheid* normativo, no que forceja uma dualidade de jurisdição e enfraquece o ordenamento jurídico.

Frise-se que o maior obstáculo à eficácia horizontal advém dos direitos sociais, que precisam da atuação estatal para sua realização e impõem uma redistribuição dos ativos sociais. Com relação às demais espécies, mesmo aceitando sua variação em diversos âmbitos de proteção, com juridicidade e

complexidade diversas, a oposição a sua concretização nas relações entre cidadãos se configura bem menor.

Toda essa discussão ganha dimensão em virtude de que cada vez mais as relações entre particulares, teoricamente estabelecidas sem a utilização do *jus imperium*, são marcadas pela utilização do poder sociopolítico-econômico, desequilibrando a simetria processual em desfavor dos hipossuficientes de cada caso concreto. A igualdade jurídica plena entre os cidadãos se não for acompanhada de igualdade fática, na paridade de recursos aos meios disponíveis de defesa, transforma-se em uma relação assimétrica, em que os mais aquinhoados financeiramente sempre levam vantagens.

Parte-se do postulado que os direitos humanos apresentam igualmente uma eficácia incidente no direito privado, mesmo reconhecendo algumas distinções entre as esferas públicas e privadas. Este axioma transpõe-se, em toda sua dimensão, para os direitos sociais, que são os mais prementes em sociedades periféricas.

Na discussão brasileira, afora o valor cogente da Constituição, o principal argumento nesse sentido é que o art. 5º, § 1º do texto de 1988, solenemente dispôs que as normas definidoras de direitos e garantias humanas apresentam aplicação imediata. Dessa forma, por expressa previsão constitucional, o debate sobre *Drittwirkung* seria um tanto despiciendo devido à força normativa da Constituição e a garantia da supralegalidade para protegê-la contra atos inconstitucionais.

10.1. Teorias sobre a eficácia horizontal dos direitos sociais

O reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos sociais implica a plausibilidade de se reconhecer a eficácia horizontal dos direitos humanos. Ora, se aquela se revela como tradução dos valores de uma sociedade, logo esta se impõe possível, pois inclusive nas relações privadas deverão ser respeitadas as prerrogativas indeléveis dos cidadãos.

O espírito da constituição deriva da consciência de que a ordem constitucional é justa e legítima, de que seu conteúdo traduz anseios profundos ou corresponde a necessidades imperiosas, tanto dos cidadãos como do ordenamento estatal.[127]

Parte da doutrina, mais arraigada à doutrina civilista, não admite que os direitos fundamentais possam produzir algum tipo de efeito, haja vista que a relação entre particulares pertence ao direito privado. Argumenta que sua aceitação produziria a constitucionalização de todo o direito privado, deixando a autonomia do cidadão relegada. Significaria o retorno do Estado Leviatã e o fim da inviolabilidade das prerrogativas dos cidadãos. Nesse diapasão, sustentam seus corifeus que o direito privado nasceu antes do direito público, possuindo natureza e objetos diversos. Como na esfera privada não há partes que ostentem prerrogativa de *jus imperium*, não há como se falar na incidência de normas de caráter público. A autonomia da vontade impede que ocorra uma hipertrofia do Judiciário, o que provocaria uma judicialização das esferas de deliberação social, com graves prejuízos para o regime democrático.

Por outro lado, parte da doutrina defende que os direitos humanos não necessitam de nenhum tipo de regulamentação por parte do legislador, possuindo eficácia direta e imediata. A justificativa deste posicionamento decorre do princípio da unidade sistêmica da Constituição e de sua força normativa. Não há como separar o ordenamento jurídico em duas esferas, em razão de que a *Lex Excelsa*, dotada de supremacia, não reconhece limites a sua regulamentação. Por representar o núcleo de validade do sistema, fundamentando até mesmo as normas inerentes ao *pacta sunt servanda*, inexiste motivo plausível para que barreiras a sua incidência possam ser construídas. Todas as normas existentes no ordenamento são alicerçadas pelo seu intermédio.

Uma terceira corrente, denominada intermediária, parte do pressuposto de que para a realização dos direitos humanos é necessária a regulamentação por parte do legislador. Considera que os princípios inerentes à autonomia privada são intocáveis, podendo apenas ser mitigados pela vontade do próprio povo por intermédio da soberania popular, cristalizados na formação de instrumentos normativos. A vinculação aos particulares dar-se-ia de forma indireta, na medida em que sua concretização necessitasse da atuação do Poder Legislativo, mesmo sendo os órgãos estatais os detentores do dever de proteger as prerrogativas da coletividade.

Qualquer que seja a orientação adotada, mister nos parece acentuar que a discussão sobre aplicação dos direitos sociais às relações privadas está muito longe de assumir contornos dogmáticos claros, mas é uma discussão que ganha relevo na medida em que as valorações estabelecidas pela

Constituição não coincidem com a valoração do direito privado.

O que devemos destacar é que a Constituição há de ser percebida não apenas como *base e fundamento* do ordenamento jurídico, mas como "sistema de valores", cujo alicerce são os direitos fundamentais, fundando um Estado democrático e social.[128] Ela, hoje, se afigura como centro, que obriga as diversas previsões legislativas.[129]

Apesar de esta importância vital da Constituição nos tempos modernos ser denominada pan-constitucionalismo, não é disto que tratamos, mas da Constituição estar ao centro do ordenamento jurídico, como destaca Clémerson Merlin Clève,[130] pois como epicentro "ela é muito mais do que um simples conjunto normativo residente em lugar hierárquico preeminente". É a razão ordenante, que exige que a ordem que ela consagra seja feita pelo operador jurídico. Os direitos humanos podem irradiar para as relações particulares através de cláusulas gerais *(Generalklausel)* que seriam a "*porta de entrada*" *(Einbruchstelle)* deles no âmbito do Direito Privado.[131]

"Esta possibilidade pode ser percebida pela ampla inclusão de 'cláusulas gerais' e 'conceitos jurídicos indeterminados' no Código Civil atual, assegurando a operatividade como uma das diretrizes básicas das normas ali insertas.[132] Elas, além de favorecerem certa aderência à realidade histórica, transferem parte da valoração jurídica do legislador para o intérprete[133], assegurando uma "liberdade de conformação do legislador aos limites do 'sistema axiológico' da Constituição.[134]"

Na realidade, no caso brasileiro, se não houver uma incidência cogente dos direitos sociais às relações privadas, haverá sua fatal depreciação normativa, estiolando todos os seus efeitos. Podendo os particulares desrespeitar impunemente essas prerrogativas, maculando, por exemplo, as relações trabalhistas e a defesa dos hipossuficientes, a concretização da Constituição estará definitivamente comprometida.

11. Densidade suficiente dos direitos sociais

Densidade suficiente ou núcleo essencial é a determinação de um conteúdo que deva ser assegurado na aplicação das normatizações abstratas,

evitando inseguranças e velando por um substrato essencial de concretização. De forma alguma, configura-se como um conceito fácil de precisar, podendo ser determinado com ajuda de ideias de direito natural, através de interpretações históricas, por decisões políticas ou desenvolvimento teorético.[135]

Não se defende a terminologia *conteúdo mínimo dos direitos humanos* porque se passa uma ideia de que a intensidade normativa protegida, inexoravelmente, teria que ser mínima. Descabe falar de intensidade mínima ou máxima, mas sim de garantir aos cidadãos a proteção de prestações materiais condizentes com suas necessidades e o nível de ativos econômicos encontrados em dada realidade. Densidade suficiente ou núcleo essencial possui um conteúdo significante mais apropriado porque protege um determinado nível de eficácia capaz de fornecer à população as condições apropriadas ao desenvolvimento de suas aptidões.

O papel da Constituição não é apenas servir como um limite formal para a atuação do Poder Legislativo, mas, ao contrário, atuar como uma norma substancial que exprime a tensão entre o projeto de materializar uma determinada ideia de sociedade com a realidade fática vigente.[136] Devido à necessidade de uma interação entre o aspecto fático e o normativo, a Lei Maior é concebida como uma ordem concreta de valores, arrimada em normas de caráter jurídico. Ela sofre uma intensa influência da seara fática, indubitavelmente, mas essas interferências são moldadas sob prismas jurídicos, de acordo com o programa estabelecido pelo conteúdo normativo. A segurança do ordenamento jurídico se mantém inalterada, uma vez que os valores adotados pela Constituição são incorporados em dispositivos normativos, constituindo-se em parâmetro para a decisão dos operadores do Direito.

A intenção de se conceber a Lei Maior como uma ordem concreta de valores é garantir a efetividade dos direitos humanos, especificamente daqueles denominados normas sociais, em que paira uma maior discricionariedade na intensidade de sua concretização por parte do legislador infraconstitucional.[137] Nesse contexto, assume importância capital o fortalecimento teorético do conceito de densidade suficiente.

O problema de se adotar uma concepção da Constituição como um complexo axiológico é determinar a extensão dessa carga valorativa que está contida nos dispositivos constitucionais em estruturas principiológicas,

evitando que ocorra qualquer tipo de insegurança jurídica.[138] A solução encontrada para determinar o conteúdo dessas normas, acabando com sua indeterminação semântica, ao mesmo tempo que contribui para o fortalecimento da segurança jurídica, é através da densidade suficiente.

O vetor para se demarcar a densidade suficiente dos direitos humanos é procurar sua essencialidade em um primeiro momento. Posteriormente, este conceito vai evoluindo de acordo com os avanços da sociedade; ou seja, este conceito é histórico, econômico, social e cultural. A definição do núcleo existencial não é determinada por parâmetros *a priori*, mas através de sua textura material, de acordo com fatores sociopolítico-econômicos.

A determinação da densidade suficiente não é um dado jusnaturalístico, seja de que matriz provier, ele surge das necessidades sociais e das condições materiais que a organização política pode propiciar aos seus cidadãos.[139] É o resultado de lutas entre os atores sociais, expressando os seus interesses em determinada circunscrição territorial e marco histórico. Configura-se pouco factível determinar a densidade suficiente dos direitos humanos através de princípios assentados em fundamentação jusnaturalista, que não apresenta simetria com os anseios da sociedade. O núcleo imutável dos direitos sociais necessita ser demarcado através de decisões políticas que forneçam legitimidade para que as garantias constitucionais possam assegurar a efetivação dos direitos sociais.

Para que essa densidade suficiente possa ser faticamente eficaz, torna-se imperioso que ela seja incorporada como invariável axiológica, sedimentada no imaginário coletivo como valor inexpugnável. Ou seja, esse núcleo duro dos direitos sociais precisa ser vivenciado como sentimento compartilhado pela maioria da população, servindo como *élan* de comunhão entre os cidadãos.

A determinação da densidade suficiente dos direitos fundamentais tem um fator teleológico instrumental, garantir concretização a esses postulados, em razão da sua natureza essencial e inalienável. Ele não está incorporado de forma explícita na Constituição, deflui de princípios constitucionais como a isonomia, a dignidade da pessoa humana, a cláusula do Estado Democrático Social de Direito etc.[140] Seu objetivo é densificar os direitos fundamentais, assegurando uma proteção jurídica efetiva para a sua consolidação normativa.

Como há uma ausência de parâmetros para a prestação jurisdicional dos

direitos sociais, que podem ser efetivados de diversas maneiras, cabe aos poderes estabelecidos garantir um mínimo de concretização normativa, sob pena da Constituição se transformar em um ornamento retórico. Dessa forma, impede-se qualquer tipo de fraude à Constituição, em que a vontade do legislador ordinário possa prevalecer em detrimento do legislador constituinte.[141]

A necessidade da definição do núcleo basilar dos direitos humanos, antes de tudo daqueles de natureza social, tem a finalidade de determinar certas prestações que o cidadão tem direito de receber do Estado, tornando sua tutela jurisdicional mais exequível. A indefinição do conteúdo de grande parte dos direitos humanos é uma das causas que estimulam a insegurança jurídica, acarretando, como consequência, a baixa densidade de eficácia do sistema. O núcleo existencial seria definido, após amplos debates, pela sociedade, através de lei, doutrina e jurisprudência. Esta última, somente atuaria quando houvesse uma anomia no cumprimento de dispositivo constitucional, maculando a força normativa da Carta Magna. Assumiria essa determinação feições contratualistas no sentido que permitiria o debate na sociedade para estabelecer esses parâmetros.

Mostra-se bastante relevante sua definição em relação aos direitos sociais, que necessitam da intervenção estatal para sua concretização, ou seja, que precisam para sua efetivação não apenas de declarações normativas, mas igualmente de prestações fáticas. Com relação aos direitos de primeira dimensão, atinentes às prerrogativas civis e políticas, a garantia dos meios necessários à realização e à abstenção da atuação dos entes estatais já se mostra suficiente para sua concretização. Eles apresentam um menor teor de abstração e seu substrato econômico pode ser materializado mais facilmente.[142]

Portanto, a maior relevância ao se precisar um núcleo existencial ocorre naquelas prerrogativas que necessitam de prestações efetivas dos entes estatais, haja vista que os direitos sociais protetivos, que sua subsunção encontra-se perfeita e acabada apenas na descrição jurídica, demandam menor elaboração exegética.[143]

A finalidade do núcleo existencial ou densidade suficiente, ao se defender a Constituição como um texto dotado de força transformadora da sociedade, é garantir uma efetividade mínima à realização de seus dispositivos.[144] Dessa forma, todos os poderes estabelecidos assumem uma relevante

importância no sentido de densificar os direitos humanos abrigados pela Constituição de 1988, tornando-se os "guardiões dos valores", o instrumento de tutela e efetivação das prerrogativas dos cidadãos.

Pelo fato de o Poder Executivo e o Legislativo, historicamente, terem relegado a aplicação dos direitos sociais, assume primazia a função desempenhada pelo Poder Judiciário, que nas últimas décadas tem assegurado importantes prerrogativas à sociedade, mesmo quando não há consenso na classe política. Todavia, esse papel desempenhado pelo Judiciário não lhe dá o poder de decidir arbitrariamente. A maior discricionariedade oferecida pelos princípios não permite a este poder o exercício da função normogenética de forma exclusiva, aviltando as prerrogativas do Legislativo. A sua legitimidade é haurida pelos mandamentos constitucionais, com a finalidade de concretizar os direitos humanos, de acordo com os procedimentos estabelecidos nos mandamentos legais. Na determinação do núcleo existencial, o Supremo Tribunal Federal não pode agir de forma arbitrária, já que se as suas decisões se distanciarem dos fatores sociopolítico-econômicos, dificulta-se sua concretude normativa.[145]

A discussão acerca do princípio da densidade suficiente ou núcleo existencial reside em se precisar o seu substrato, que não pode ser determinado apenas por fatores extrajurídicos, cambiantes em razão das influências sociais. A solução encontrada é através do texto normativo, que exprime uma densidade suficiente que não pode ser desrespeitada nem pelos legisladores ordinários nem pelos intérpretes da Constituição.

O princípio da densidade suficiente, ou núcleo existencial, consiste em se garantir aos direitos que exigem uma concretização jurídico-política uma precisão de seu conteúdo, ao mesmo tempo que protege o substrato material contido na Constituição, não cerceando a discricionariedade de escolha inerente aos Poderes Executivo e Legislativo, que é própria do regime democrático. A importância do *entrenchment* da densidade suficiente dos direitos sociais, atuando concomitantemente no núcleo duro e na zona periférica, é a solidificação desses direitos no ordenamento, o que assegura a sua eficácia.

Basicamente uma prerrogativa social é composta de duas partes: o seu núcleo duro e a zona periférica.[146] O núcleo duro ou conteúdo essencial configura-se como um limite que deve ser respeitado por todos os poderes

estabelecidos ao determinar a densidade de um direito, que, de maneira nenhuma, pode ser desrespeitado, proibindo-se o seu esvaziamento ou que ele se transforme em uma exceção. Esse núcleo duro é definido como a própria essência do direito, que deve ser concretizado independentemente de conjecturas fáticas. A outra parte que compõe o direito fundamental é a zona periférica, que será concretizada consonante a conjuntura fática, podendo os poderes constituídos estipular metas para que sua densidade possa ser aumentada.

O núcleo existencial refere-se ao núcleo duro que, integralmente, não pode ser desprezado pelos órgãos estatais. A zona periférica refere-se à extensão que os direitos sociais devem paulatinamente evoluir, atendendo às diretrizes estipuladas pela sociedade, sempre em sintonia com os fatores sociopolítico-econômicos. Entretanto, jamais haverá um engessamento evolutivo na concretização dos direitos humanos, pois sempre estarão em constante desenvolvimento *pari passu* com o progresso da coletividade. A conclusão a que se pode chegar é que sempre haverá uma zona periférica na definição dos direitos humanos, que caberá a todos os poderes velarem pelo seu desenvolvimento, sintonizados com as demandas sociais.

A finalidade da definição de um núcleo duro dos direitos fundamentais não é limitar sua concretização, muito pelo contrário, configura-se como uma forma de maximizar sua eficácia.[147] A aplicação à realidade brasileira deve ter o escopo de garantir um constante incremento nas prerrogativas dos cidadãos e não se transformar em um óbice, sob a alegação de que a seara fática não oferece condições mínimas para a concretização dos direitos sociais.[148]

Parte da premissa de que decisões judiciais também podem obrigar a concretização de direitos sociais, mesmo tomando-se como parâmetro normatização infraconstitucional, em razão de que todos os órgãos do Judiciário têm a obrigação de velar pelo cumprimento da ordem jurídica, especialmente dos mandamentos contidos na Constituição de 1988.[149] Desta forma, não se estaria transferindo a competência de realizar as políticas públicas para o Judiciário, mas defendendo a eficácia da Constituição e assegurando uma maior legitimação da jurisdição constitucional.

A necessidade de se definir um núcleo existencial ou uma densidade suficiente aos direitos sociais configura-se como uma condição

imprescindível para a densificação dessas prerrogativas. Sem a sua definição, o entrincheiramento não tem eficácia porque não há o estabelecimento de uma densidade para ser efetivada, possibilitando que esta eficácia seja realizada caso a caso, acarretando uma casuística que não oferece parâmetros para o incremento da força normativa dos direitos sociais.

1 Mestre pela UFPE. Doutor pela UFPE/Universitá degli Studi di Firenze; Pós-Doutor pela Université Montesquieu Bordeaux IV; Visiting Research Scholar of Cardozo Law School. Professor Visitante da Università degli Studi di Lecce; Professor Visitante da Université Montesquieu Bordeaux IV; Diretor do IBEC – Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais; Membro Correspondente do CERDRADI – Centre d'Études et de Recherches sur les Droits Africains et sur le Développement Institutionnel des Pays en Développement. Professor da Universidade Católica de Pernambuco. Procurador do Estado de Pernambuco. Advogado.

2 "Da instituição do Estado derivam os direitos e faculdades conferidos aos cidadãos pelo poder soberano". HOBBES, Thomas. *El Estado.* México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 19.

3 "... os direitos agasalhados pela Declaração de Direitos do Homem são direitos naturais, não foram conferidos pela sociedade, mas pela natureza. Eles são inerentes a essência do homem, fazem parte, de qualquer maneira, da verdadeira noção de ser humano." RIVERO, Jean. *Les Libertes Publiques.* Paris: Universitaires de France, 1974. p. 59.

4 ARNAUD, André-Jean. *Pour une Pensée Juridique Européenne.* Paris: Presses Universitaires de France, 1991. p. 133.

5 STERN, Klaus. Global Constitution Movements and New Constitutions. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais.* Belo Horizonte: Del Rey, n. 2, p. 343, jul./dez. 2003.

6 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 59.

7 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente*..., cit., p. 379.

8 MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales:* Teoría General. Madrid: Universidad Carlos III, 1999. p. 469.

9 "Os direitos fundamentais são os representantes de um sistema de valores concretos, de um sistema cultural que resume o sentido da vida estatal contida na Constituição. Do ponto de vista político, isto significa uma vontade de integração material; do ponto de vista jurídico, a legitimação de uma ordem positiva estatal e jurídica. Esta ordem positiva é válida somente enquanto representar este sistema de valores que precisamente pelos direitos fundamentais se converte em legítimo". SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional.* Trad. José M. Beneyto Pérez. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 232.

10 SMEND, Rudolf. *Constitución, cit.,* p. 228-231.

11 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos.* Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 26.

12 FERRAJOLI, Luigi. *Il Fondamento Dei Diritti Umani.* Pisa: Servizio Editoriale Universitário, 2000. p. 8.

13 BARILE, Paolo. *Diritto dell'Uomo e Libertà Fondamentali.* Bologna: Mulino, 1984. p. 53.

14 TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español en Matéria de Derechos Fundamentales. In: *Enunciazione e Giustiziabilità dei Diritti Fondamentali nelle Carte Costituzionali Europee.* Profili Storici e Comparatistic. Millano: Giuffrè, 1994. p. 124.

15 GALINDO, Bruno. *Direitos Fundamentais.* Análise de sua Concretização Constitucional. Curitiba: Juruá, 2003. p. 48-49.

16 O problema da fundamentação da jurisdição constitucional através dos direitos fundamentais é que dado o seu teor genérico e a sua abstração torna-se difícil determinar a sua especificação diante do caso concreto: ou eles se tornam muito extensos ou se tornam bastantes restritos. BALKIN, Jack M. *Respect-Worthy:* Frank Michelman and the Legitimate Constitution. Disponível em: <http://ssrn.com/ abstract=51042>. Acesso em: 21 fev. 2004.

17 STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana.* Trad. Javier Pérez Royo e Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 231.

18 Sustenta Laboulaye que na sua essência os direitos fundamentais são provenientes da natureza humana, entretanto, sua manifestação exterior varia de país para país, em que cada qual concebe de forma diferente a satisfação de suas necessidades e a determinação de suas aspirações. LABOULAYE, Édouard. *Questions Constitutionnelles.* Paris: Charpentier, 1872. p. 36.

19 "Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual". DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 54.

20 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales.* Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 543-544.

21 ALEXY, Robert. *Teoría*, cit., p. 547.

22 ALEXY, Robert. *Teoría da Argumentação Jurídica:* A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. Trad. Zilda Hatchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 218.

23 BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE & HEYDE. *Manual de Derecho Constitucional.* 2. ed. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 114.

24 MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo?* A Questão Fundamental da Democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 76.

25 SCAGLIONE, Daniele. Democrazia e Diritti Umani: Um Impegno per Tutti i Cittadini. In: *I Diritti Umani nel Processo di Consolidamento delle Democrazie Occidentali.* Brescia: Promodis, 1999. p. 89-91.

26 QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais* (Teoria Geral). Coimbra: Coimbra Editores, 2002. p. 148-149.

27 "E aqui sobressaem, em geral, directamente, as incumbências de promover o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial, das mais desfavorecidas, de operar as necessárias correcções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, de eliminar progressivamente as diferenças económicas e sociais entre a cidade e o campo e de eliminar os latifúndios e reordenar o

minifúndio.” MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* Tomo IV. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editores, 2000. p. 386.

28 MORANGE, Jean. *Direitos Humanos e Liberdades Públicas.* São Paulo: Manole, 1985. p.141.

29 DALLA VIA, Alberto Ricardo. *Manual de Derecho Constitucional.* Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004. p. 175.

30 Nesse sentido verificar: JÚNIOR, Dirley da Cunha. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. In: *Leituras Complementares de Direito Constitucional.* Direitos Fundamentais. 2 ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2007. p. 413.

31 “Não apenas a inconstitucionalidade por omissão é sanção de violação dos direitos sociais, podendo, nestes termos, haver inconstitucionalidade por ação neste âmbito, com as consequências normais destes casos a deverem daí ser extraídas. O critério para a construção mais durável de uma teorização neste âmbito continua a ser o da análise da jurisprudência, que tem tido uma posição de grande equilíbrio nestas como noutras matérias. Sem prejuízo de a doutrina dever continuar a exprimir a sua vária opinião, comentando, construindo e sugerindo”. CUNHA, Paulo Ferreira da. *Teoria da Constituição*. Lisboa: Editora Verbo, tomo II, 2000. p. 293-294.

32 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos sociais In: *Dicionário brasileiro de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 132.

33 HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 37.

34 HELLER, Hermann. *Teoria do Estado.* Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 296.

35 “Com certeza a assistência social aos necessitados faz parte dos deveres mais evidentes de um Estado social.” MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.* Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. p. 828.

36 DIMOULIS, Dimitri & MARTINS, Leonardo. *Teoria, cit.*, 2006. p. 91.

37 “Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciados em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualdade de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.” SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 16. ed., São Paulo: Malheiros, 1999. p. 289-290.

38 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 712.

39 SILVA, José Afonso da. *Curso, cit.* 32. ed., São Paulo: Malheiros, 2008. p. 287.

40 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 2. ed., Coimbra: Almedina, 1998. p. 472-473.

41 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 502-503.

42 FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira.* v. 1. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 222.

43 DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 58.

44 SCALIA, Antonin Scalia. *A Matter of Interpretation:* federal courts and The Law. New Jersey: Princeton University Press, 1997. p. 39.

45 CAVINO, Massimo. Il Precedente tra Certeza del Diritto e Liberta del Giudice: La Sintesi nel Diritto Vivent. In: *Diritto e Società.* n. 1 Gennaio-Marzo. Padova: CEDAM, 2001. p.

162.

46 LYON, David. *Pós-modernidade.* São Paulo: Paulus, 1998. p. 23.

47 SUNSTEIN, Cass R. & HOLMES, Stephen. *The Cost of Rights*; why Liberty Depends on Taxes*.* New York: W.W. Norton & Company, 1999. p. 87.

48 QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais Sociais;* funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*.* Coimbra: Coimbra Editores, 2006. p. 29.

49 "... se trata de um conjunto de direitos que exigem a realização de autênticas prestações por parte do Estado. Surgem de forma isolada ao largo do século XIX, com o intento de realizar o princípio da igualdade". CONDE, Enrique Alvarez. *Curso de Derecho Constitucional*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1999, vol. 1. p. 446.

50 "Sob as condições da moderna sociedade industrial, a liberdade fática de um grande número de titulares de direitos fundamentais não encontra substrato material em um âmbito vital, mas depende essencialmente de atividades estatais." ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. p. 487.

51 ALEXY, Robert. *Teoria*..., cit., p. 487.

52 ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das Liberdades Fundamentais.* São Paulo: Manole, 1998. p. 555.

53 DALLA VIA, Alberto Ricardo. *Manual, cit.,* p. 175.

54 COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 184.

55 COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação*, cit., p.184.

56 PEUKERT, Detlev J. K. *La Repubblica di Weimar.* Torino: Boringhieri, 1996. p. 65.

57 A regulamentação dos direitos sociais ocorreu no Título XII, "Da ordem econômica e social". POLETTI, Ronaldo. *Constituições Brasileiras*. 1934. Brasília: Senado, 2001. p. 105.

58 Com base nesse fundamento, a denominada flexibilização dos direitos trabalhistas se mostra crassamente inconstitucional e contrária a requisitos mínimos de um Estado Legal. Na verdade, configura-se como uma fraude à Constituição, por retirar direitos dos trabalhadores.

59 AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 440.

60 HAURIOU, Maurice. *Principes de Droit Public.*12. ed. Paris: Librairie Recueil Sirey, 1916. p. 678.

61 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 181.

62 QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos*, cit., p. 151.

63 SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 82.

64 BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE & HEYDE. *Manual*, cit., p. 91.

65 BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE & HEYDE. *Manual*, cit., p. 93.

66 ALEXY, Robert. *Teoría* , cit., 1997. p. 173.

67 Pontuamos que não há uma vedação absoluta da intervenção estatal e – sim – que a intervenção ocorra de forma abusiva, ultrapassando as barreiras da constitucionalidade.

68 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito, cit.,* p. 383.

69 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito, cit.,* 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1128.

70 PEÑA DE MORAES, Guilherme Braga. *Dos Direitos Fundamentais*, contribuição para uma teoria. São Paulo: LTr, 1997. p. 192.

71 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito, cit.,* 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 384.

72 Os direitos fundamentais “nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indulgências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações de poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.” BOBBIO, Norberto. *A Era , cit.,* p. 6.

73 LEITE SAMPAIO, José Adércio. *Direitos Fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.107.

74 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Curso de Derechos Fundamentales.* Teoría General*.* Madrid: Universidade Carlos III de Madrid, 1999. p. 299.

75 Sustenta Georges Burdeau que os dezessete artigos da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão expressam duas ordens de ideias: as regras que as instituições políticas devem respeitar e os direitos que o homem tem em razão de sua própria natureza. BURDEAU, Georges et alii. *Droit Constitutionnel*. 25. ed., Paris: L.G.D.J., 1997. p. 294-295.

76 SILVA, José Afonso da. *Curso, cit.,* 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 185.

77 “Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, nota de uma essencial inexauribilidade.” MS 22.164, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

78 “Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos na própria constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa –, permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.” MS 23.452. Rel. Min. CELSO DE MELLO.

79 QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos, cit.,* p. 199-202.

80 “O que se pretende então com a formulação das Constituições do pós-guerra ao estabelecerem a aplicabilidade imediata dos preceitos consagradores de direitos, liberdade e garantias? Fundamentalmente isso: reforçar a sua normatividade, tornando claro (1) a sua natureza de direito constitucional e, (2) mais do que isso, a sua força normativa autónoma, independentemente de uma lei concretizadora.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais.* Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 146.

81 “…We hold these truths to be self-evident, that all Men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the Pursuit of Happiness…” DERSHOWITZ, Alan. *America declares independence.* New Jersey: Wiley, 2003. p. 169.

82 MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. *Evolução Constitucional Europeia.* Trad. Marina de Godoy Bezerra. Rio Janeiro: José Konfino, 1957. p. 157.

83 "... a permissão jurídica de se fazer ou deixar de fazer algo, não tem valor sem uma liberdade fática (real), isto é, a possibilidade fática de escolher entre as alternativas permitidas". ALEXY, Robert. *Teoria..., cit.,* p. 503.

84 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos fundamentais, cit.,* p. 378.

85 RUIZ, Alicia E.C. La Realización de Los Derechos Sociales en um Estado de Derecho. In: *Constituição e Estado Social. Os Obstáculos à Concretização da Constituição.* Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 44.

86 QUEIROZ, Cristina M. M. *O Princípio da não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais.* Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p.17.

87 Esse é o posicionamento de Jorge Miranda, para quem não há necessidade teórica de se diferenciar entre os direitos sociais e os direitos à liberdade. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* Tomo IV, 3. ed., Coimbra: Coimbra Editores, 2000. p. 384.

88 RUIZ, Alicia E.C. La Realización, cit., p. 44.

89 Tratar-se-á apenas das impugnações principais.

90 LEITE SAMPAIO, José Adércio. *Direitos, cit.,* p. 269-270.

91 "O objeto desta legitimação democrática se estende a toda legitimação estatal." BÖCKENFÖRDE, Wolfgang Ernst. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia.* Madrid: Editorial Trotta, 2000. p. 55.

92 ACKERMAN, Bruce. *We the people.* Foundations. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991. p. 285-290.

93 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos, cit.,* p. 52-53.

94 LINS, Liana Cirne. *Exigibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais e Tutela Processual Coletiva das Omissões Administrativas.* Tese de doutorado apresentada na UFPE, em 27-03-2007, na qual obteve aprovação com distinção, p. 43.

95 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito, cit.* p. 431.

96 GREY, Thomas C. Do we have an unwritten constitution. In: *Stanford Law Review.* N. 27, 1975. p. 709 -710.

97 QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais, cit.,* p. 153.

98 OPPENHEIM, Felix E. "The Judge as Legislator". In: *Cognition and Interpretation of Law.* Torino: Giappichelli, 1995. p. 292.

99 SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules.* A philosofical examinations of rule-based decision-making in law and in life. New York: Oxford University Press, 1998. p. 42-43.

100 POSNER, Eric A & ADRIAN, Vermeule. Legislative entrenchment: a reappraisal. In: *Yale Law Journal*. New Haven: Yale University, n. 111, 2001-2002. p. 1667.

101 SARLET, Ingo. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos Direitos Sociais num contexto de crise. In: *(Neo) Constitucionalismo. Ontem os Códigos. Hoje, as Constituições.* Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. 1, n. 2, 2004. p. 127.

102 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais, cit.,* p. 391-392.

103 No debate constitucional norte-americano, o *entrenchment* é analisado como qualidade intrínseca das normas constitucionais que exigem um *quorum* qualificado para a sua reforma, ou seja, ele é confundido com o conceito que nós temos de imutabilidade relativa. TUSHNET, Mark & JACKSON, Vicki C. *Comparative Constitutional Law.* New York: Foundation Press, 1999. p. 413-416.

104 CHANDER, Anupam. Sovereignty, referenda, and the entrenchment of a United Kingdom Bill of Right. In: *Yale Law Journal*. New Haven: Yale University, n. 101, 1991-1992, p. 463.

105 “Realmente, aflora no discurso constitucional da atualidade a preocupação em discutir e demarcar a forma de atuação da jurisdição constitucional e, além dela, sua forma de composição. Nessa teorização prepondera uma vertente de preocupação legitimadora, que procura indicar os elementos da Justiça Constitucional a partir de uma abordagem que lhe assegure caráter democrático.” TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2005. p. 492.

106 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, cit., p. 94.

107 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador.* Contribuição para a compreensão das Normas Programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 374.

108 SPERLING, Gene B. Judicial right declaration and entrenchment discrimination. In: *Yale Law Journal*. New Haven: Yale University, n. 94, 1984-1985, p. 1760.

109 KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha.* Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 39-40.

110 “Assim, por paradoxal que possa parecer à primeira vista, retrocesso também pode ocorrer mediante atos com efeitos prospectivos. Basta lembrar aqui da hipótese – talvez a mais comum em se considerando as referências feitas na doutrina e na jurisprudência – da concretização pelo legislador infraconstitucional do conteúdo e da proteção dos direitos sociais, especialmente (mas não exclusivamente) na sua dimensão positiva, o que nos remete diretamente à noção de que o conteúdo essencial dos direitos sociais deverá ser interpretado (também!) no sentido dos elementos nucleares do nível prestacional legislativamente definido, o que, por sua vez, desemboca inevitavelmente no já anunciado problema da proibição de um retrocesso social”. SARLET, Ingo. Direitos fundamentais sociais, cit., p. 130-131.

111 “Naturalmente, a médio ou a longo prazo, o não retrocesso social não se garante tanto através de medidas jurídicas quanto através da sua sedimentação na consciência social ou no sentimento jurídico colectivo. Mas também não pode invocar-se uma menor sedimentação para negar ou subverter na prática qualquer direito e retirar efectividade a qualquer norma ou instituto constitucional”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV*. 3. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 399.

112 CARDUCCI, Michele. *Tecniche Costituzionali.* Di argomentazione normazione comparazione. Lecce: Pensa MultiMedia. 2003. p. 101.

113 CARDUCCI, Michele. *Tecniche Costituzionali, cit.,* p. 101.

114 LASSALLE, Ferdinand. *Qué es una Constitución.* Buenos Aires: Siglo Veinte Uno, 1969. p. 21.

115 HELLER, Hermann. *Teoria, cit.,* p. 296.

116 “Aquilo que se admite é algo bem diferente: é que certas normas, apesar de positivadas em preceitos de direito ordinário, prevaleçam sobre outras normas ordinárias, quando o seu conteúdo possa (deva) ser considerado materialmente constitucional. Só que este enfraquecimento do poder de disposição do legislador, que é expressão da relevância da realidade constitucional, não constitui a regra, mas antes a exceção: para a radicação na consciência jurídica geral da convicção da sua obrigatoriedade constitucional não basta a aceitação mais ou menos aparente e superficial da opinião pública dominante, é necessário um consenso profundo e alargado que demora o seu tempo a formar-se e que não se estende nunca a pormenores.” VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais, cit.,* p. 393.

117 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitucion.* Trad. Alfredo Balllego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970. p. 217.

118 “One legislature may not bind the legislative authority of its successors.” Unites States v. Winstar Corp., 518 U.S. 839, 872 (1996), citando William Blackstone.

119 POSNER, Eric A & ADRIAN, Vermeule. “Legislative entrenchment: a reappraisal”. In: *Yale Law Journal*. New Haven: Yale University, n. 111, 2001-2002, p. 1665.

120 CANOTILHO, J.J. Gomes & MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 131.

121 MIRANDA, Jorge. *Manual, cit.,* p. 394.

122 “Progressives might be disappointed with the effects of an entrenched bill of rights in two ways. The less important, I believe, is this: progressives may hope that by adopting a bill of rights they will encourage courts to intervene against repressive forces more readily than the courts would in the absence of a bill of rights…That hope might be realized, of course, but it also might be defeated. Deferring to the asserted expertise of the police and the perceived requirements of law and order, judges might interpret the new guarantees so that they do not restrict of the police.” TUSHNET, Mark. Living with a Bill of Rights. In: *Understanding Human Rights.* London: Mansell, 1996. p. 5.

123 TUSHNET, Mark & JACKSON, Vicki C. *Comparative Constitutional Law.* New York: Foundation Press, 1999. p. 414.

124 GREY, Thomas C. Do we have, cit., p. 706.

125 LICHT, Robert A. Introduction. In: *The Framers and Fundamental Rights*. Boston: American Enterprise Institute, 1992. p.1.

126 SARLET, Ingo Wolfgang. A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro. In: *Direitos Fundamentais e Direito Privado.* Uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007. p. 125.

127 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 98.

128 QUEIROZ, Cristina M. M. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p.169.

129 CLÈVE, Clémerson Merlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 387.

130 CLÈVE, Clémerson Merlin. O controle de constitucionalidade, cit., p. 387.

131 MENDES, Gilmar Ferreira. STF, RE 201.819 / RJ.

132 Além da operatividade, também, são diretrizes básicas do Código Civil a eticidade e a sociabilidade. Para se aprofundar mais sobre o assunto, consultar: COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

133 QUEIROZ, Cristina M. M. Direitos fundamentais, cit., 2005. p.176.

134 HÄBERLE. *Hermenêutica Constitucional:* a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 54.

135 HÄBERLE, Peter. *La garantia del contenido esencial de los derechos fundamentales.* Madrid: Dykinson, 2003. p. 2.

136 GIOVANNELLI, Adriano*. Dottrina Pura e Teoria Della Costituzione in Kelsen.* 2. ed., Milano: Giuffrè, 1983. p. 282-283.

137 HÄBERLE, Peter. *La Garantía, cit.,* p. 40-41.

138 “Frente o caráter genérico, indeterminado, *rectius* aberto das chamadas cláusulas gerais, o conteúdo ou núcleo essencial de um direito fundamental implica um esforço conceitual de precisão e justeza que aponta elementos materiais ou substanciais. Ainda que algum desses elementos sustente a indeterminação do conteúdo essencial, este surge como reação à abstração e formalização positivista das cláusulas gerais.” VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional;* aproximação ao estudo do sentir

constitucional como modo de integração política. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 181.

139 FAVOREAU, Louis et al. *Droit Constitutionnel.* Paris: Dalloz, 2005. p. 780-781.

140 “O direito ao mínimo existencial está implícito também na proclamação do respeito à dignidade humana, na cláusula do Estado Social de Direito e em inúmeras outras classificações constitucionais ligadas aos direitos fundamentais”. LOBO TORRES, Ricardo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: *Revista de Direito Administrativo*. Vol. 177, jul./set., 1989, p. 32

141 AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à Constituição:* um atentado ao Poder Reformador. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, Editor, 2000. p. 185.

142 “Justamente pelo fato de os direitos sociais prestacionais terem por objeto prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais, aponta-se, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante. Tal constatação pode ser tida como essencialmente correta e não costuma ser questionada. Já os direitos de defesa – precipuamente dirigidos a uma conduta omissiva – podem, em princípio, ser considerados destituídos desta dimensão econômica, na medida em que o objeto de sua proteção (vida, intimidade, liberdades etc.) pode ser assegurado juridicamente, independentemente das circunstâncias econômicas”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia, cit.,* p. 263.

143 Os direitos considerados negativos também necessitam de atividades estatais para a sua concretização, como, por exemplo, o poder de polícia, contudo em grau muito inferior ao exigido para a concretização dos considerados direitos sociais.

144 QUEIROZ, Cristina M. M. *Interpretação Constitucional e Poder Judicial*. Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 258.

145 O que obviamente exige a transformação do Supremo Tribunal Federal em um tribunal constitucional, com a democratização da escolha e mandado fixo para os seus membros.

146 AGRA, Walber de Moura. *A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 297.

147 “Certamente, a assistência social aos necessitados é um dos deveres óbvios do Estado Social. Necessariamente, isto inclui a assistência social aos cidadãos que, em virtude de vicissitudes físicas ou mentais, estão impedidos de desenvolver-se pessoal e socialmente e não podem assumir por si mesmo a sua própria subsistência. Em todo caso, a comunidade estatal tem que assegurar as condições mínimas para uma existência humana digna”. ALEXY, Robert. *Teoria de los*..., cit., p. 422.

148 VIEIRA DE ANDRADE, J. C. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional.* Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 83.

149 “O modo e a oportunidade de concretizar os direitos sociais através da oferta de serviços públicos não podem ser objeto de decisão judicial. Estar-se-ia transferindo a adoção de políticas públicas relativas à educação, saúde, lazer e assistência social para a competência dos órgãos jurisdicionais que teriam, ademais, que cuidar dos recursos orçamentários a serem utilizados no custeio desses serviços quando não definidos pelo texto constitucional. Tal hipótese configuraria um deslocamento das funções políticas do parlamento e do governo para o Poder Judiciário, desvirtuando a repartição de competências entre os poderes públicos estabelecidos pela Constituição. A administração financeira do Estado, bem como a definição de estratégias e políticas para a melhor aplicação dos recursos públicos a fim de atender às necessidades da população, por óbvio, fogem da alçada do Poder Judiciário”. LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos Sociais e a Vulgarização da Noção de Direitos Fundamentais*. Disponível em: http: <www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm.> Acesso: em 29 maio 2004.

Regimes Políticos

Cezar Saldanha Souza Junior[1]

SUMÁRIO

1. Questão terminológica: raízes, sentidos e culturas. **2.** Regimes na pré-modernidade: caráter unitário. **2.1.** Heródoto e Platão. **2.2.** Aristóteles (384-322 a.C.) e os regimes políticos. **2.2.1.** Originalidades. **2.2.2.** Razão prática e regimes políticos. **2.2.3.** Aristóteles e a *politeia*. **2.3.** Contribuição de Políbio (200-118 a.C.). **2.4.** O pensamento medieval e os regimes políticos. **2.5.** Balanço da teorização pré-moderna. **3.** Regimes na modernidade: caráter binário. **3.1.** As contribuições fundamentais. **3.2.** A classificação de Maquiavel (1469-1527). **3.3.** A classificação de Jean Bodin (1530-1596). **3.4.** A classificação de Montesquieu (1689-1755). **3.5.** Balanço da teorização moderna. **4.** Regimes na era liberal: caráter múltiplo. **4.1.** Os fundadores da Constituição Americana. **4.2.** A contribuição de Benjamin Constant (1767-1830). **4.3.** A contribuição de Alexis de Tocqueville (1805-1859). **4.4.** A contribuição de Walter Bagehot (1826-1877). **4.5.** Balanço da teorização liberal. **5.** Regimes nos séculos XIX e XX: caráter atual. **5.1.** Dos fins do século XIX à Segunda Grande Guerra. **5.2.** Tendências novas do segundo pós-guerra. **5.3.** A decisiva contribuição de Karl Loewenstein (1891-1973). **5.4.** A contribuição de Georges Burdeau (1905-1988). **5.5.** Contribuições italiana e ibérica. **6.** Regimes políticos: seus cânones. **6.1.** Substratos fáticos da ordem juspolítica fundamental. **6.2.** Cânones fundamentais de Burgess. **6.3.** Critérios classificatórios de Racioppi. **6.4.** Terminologia e tradição cultural. **6.5.** Intervenção do direito constitucional brasileiro. **7.** Os regimes de governo. **7.1.** A autonomia deste cânone no século XX. **7.2.** Conceito e classificação de regimes de governo. **7.3.** O regime democrático. **7.4.** Os regimes totalitários. **7.5.** Os regimes autoritários. **8.** As formas de Estado. **8.1.** A dificuldade da questão. **8.2.** Formas territoriais do poder. **8.3.** Duas vertentes da doutrina da federação. **8.4.** Progressiva superação do Estado unitário centralizado. **8.5.** República, federação e democracia. **9.** As formas de governo. **9.1.** A monarquia e a república. **9.2.** A pacificação da questão monárquica. **9.3.** Formas de designação do chefe de Estado. **10.** Os sistemas de governo e de poderes. **10.1.** Sistemas de governo *lato sensu*. **10.2.** Dificuldades da categoria "sistemas de governo *lato sensu*". **10.3.** Classificação das funções do Estado. **10.4.** Os sistemas de poderes. **10.5.** Os sistemas de governo. Referências.

1. Questão terminológica: raízes, sentidos e culturas

O termo *regime* provém do latim *regimen*, significando *governo* ou *mando* e, também, *leme* e *manobra* em um barco.[2] A raiz etimológica desse termo não poderia ser mais sugestiva: é *rex*, *regis*, ou seja, o rei, o soberano, aquele que rege ou dirige (do verbo *regere*, pres. ind. *rego, is*) um país ou

uma região (esta, do termo *regio, onis*, de mesma raiz). Do semantema *rex* derivou-se também o substantivo *regnum* (reino) e o verbo *regnare* (reinar, regrar, governar). O vocábulo *regime*, portanto, já em sua origem, revela um sentido nitidamente político. A expressão "regime político" consagrada atualmente, vista a partir de sua etimologia, revela uma tautologia: todo *regime* já é, no significado mais antigo do termo, *político*.

Em seu sentido mais amplo, *regime político* é o modo como se expressa a forma da *polis*. É a própria morfologia política. É a configuração de órgãos, estruturas, funções e competências do poder político, razoavelmente consistentes e coerentes entre si, sem o que a ordem juspolítica estatal – OJPE – não poderia se estabelecer, nem subsistir. Nessa compreensão, o regime político "constitui" a OJPE, vindo a coincidir com o denominado "sentido material de constituição".[3]

A ordem juspolítica personaliza-se no Estado. Este culmina, coroa, perfeiçoa o convívio social e cuida do bem comum geral. Não é por outra razão que os clássicos o denominavam *societas perfecta*: a unidade que forma, ajusta, em suma, *perfaz*, na concórdia, a riquíssima pluralidade e complexidade da vida social.

No segundo pós-guerra, entretanto, consolidou-se o uso do termo *regime* em um sentido mais estrito (qual seja, a primeira das espécies dos regimes *lato sensu*): os modelos possíveis no equacionar as relações entre Estado e ser humano (este tanto como pessoa quanto cidadão). Nesta acepção restrita, o termo *regime* costuma aparecer na doutrina com o complemento *de governo*. Ou então, o termo *regime* é seguido diretamente do adjetivo indicador de uma de suas espécies, vale dizer, ou *democrático*, ou *autoritário*, ou *totalitário*, conforme o caso.[4]

Lembre-se, ainda introdutoriamente, que o estudo acadêmico da realidade política se processa sempre a partir da cultura a que se vincula o pesquisador. A tradição que o envolve condicionará suas percepções, tanto pela influência dos costumes e valores nativos quanto pelos vieses que acompanham os conceitos e os códigos vigentes na comunicação acadêmica. Assim, na família latino-germânica e na família anglo-saxônica, a morfologia política é captada e estudada por corações e mentes culturalmente diferentes, conduzindo a resultados distintos.

Na primeira das famílias, a expressão *regime político* sobreviveu e guardou seu sentido tridimensional. O constitucionalismo manteve uma

consciência mais clara da complexidade da vida cultural, equilibrando, em diálogo incessante:[5]

a) a dimensão fático-concreta (que o direito constitucional há de levar em conta, abeberando-se das ciências sociais, especialmente da ciência política, da sociologia e da teoria social do Estado);

b) a dimensão finalista-valorativa (que o direito constitucional vai encontrar nos domínios da filosofia, da história da cultura e de uma teoria teleológica do Estado); e

c) a dimensão normativo-institucional (que o direito constitucional deve buscar na teoria do direito e na história das instituições, sem descurar da teoria jurídica do Estado).

Já no *common law*, a tradição empirista inglesa, mesmo no campo juspolítico, propendeu sempre a restringir-se, o quanto possível, ao plano dos fenômenos sensíveis da experiência concreta. Nessa tendência, a partir do segundo pós-guerra, entrou em cena a categoria dos *political systems*, envolvidos em suas relações com os respectivos ambientes. Essa visão unitária, funcional e utilitária da ordem política real acabou prevalecendo sobre a noção clássica de *regime político*, mais próxima das preocupações dos juristas envolvidos com o direito constitucional. No mundo anglo-saxônico, a reflexão mais abstrata sobre as formas políticas continua a existir, mas tende a ocupar uma posição secundária no quadro geral das preocupações acadêmicas, mormente pela importância que lá assumiu a ciência política.

2. Regimes na pré-modernidade: caráter unitário

2.1. Heródoto e Platão

Os autores clássicos, até o final da Idade Média, propuseram classificações gerais e unitárias das formas políticas. Buscaram ordenar os regimes observados na realidade, à luz de um critério suficientemente amplo e flexível para abraçar todos os espécimes. Esse critério uno e complexo combinava noções filosóficas, em especial da ética, com dados hauridos diretamente da realidade social. Desse esforço foram surgindo categorias que se tornaram fundamentais no pensamento universal.

O mais antigo registro bibliográfico sobre morfologia política vem de HERÓDOTO.[6] O historiador relata uma discussão que teria ocorrido na Pérsia, depois da morte de Cambises, na segunda metade do século VI a.C., entre Otanes, Megabises e Dario. Eles argumentavam, respectivamente, pela democracia, pela aristocracia e pela monarquia, como a melhor forma de governar o Império.

Mas foi PLATÃO quem formulou, de modo racionalmente organizado, essa primeira classificação da morfologia política, mormente em dois diálogos, a *República* e o *Político*.[7]

Na *República*, a constituição *verdadeira* ou *legítima* é uma só, como a verdade e a virtude, embora admita duas formas possíveis (a *monarquia* ou a *aristocracia*). Existe apenas no mundo das ideias, que só os filósofos podem apreender. Já as constituições *existentes* no mundo empírico conhecem quatro formas concretas (a *timocracia*, a *oligarquia*, a *democracia* e a *tirania*), todas de afastamento gradativo da forma legítima, por um processo degenerativo, pois a projeção das ideias na *empiria* necessariamente implica corrupção. Ademais, cada forma política move-se por um princípio – ou paixão –, cujo exagero conduz à sua destruição e à substituição por forma mais degradada. Assim, o regime dos *filósofos* acaba arrebatado pelos *guardiães*. Esses, movidos pela coragem, tombam, em busca desenfreada da *honra* (*timé*), na *timocracia*. Enganados pela opinião (*doxa*) e pelas aparências, cedem à *oligarquia*, a dominação dos *ricos*. O novo princípio – a riqueza – é corrompido pela cupidez, que lhe é inerente, sobrevindo, via revolução, a *democracia*. Essa, mergulhada na *licença* (exagero da liberdade), sucumbe à *violência* do demagogo, e se instala a *tirania*, o elo final na depravação política. Platão sugere que dessa situação a comunidade só se salva pelo sofrimento e pela consciência. Então, reconduzida por um estadista filósofo, recupera a retidão da constituição originária, apenas para reiniciar o doloroso ciclo da perversão política.[8]

No *Político*, PLATÃO exclui a viabilidade da *sofocracia* e propõe uma tipologia descritivo-normativa das *constituições existentes*. Contrapõe formas boas a formas más, em três pares: monarquia e tirania; aristocracia e oligarquia; e, enfim, sem distingui-las com nome específico, a democracia constitucional e a não constitucional.[9] A monarquia seria a melhor de todas; a tirania, a pior, pois o péssimo é a corrupção do ótimo.[10] Já a democracia seria medíocre: incapaz de um grande bem e de um grande mal. Sua forma

reta seria a menos boa das constituições retas; sua versão má, a menos ruim das constituições ilegítimas.[11]

Uma concepção de ordem (*diké*) do mundo (*kósmos)* e da cidade (*polis*) – de que PLATÃO foi o primeiro a teorizar – permeia o universo cultural homérico. Seu principal traço reside na afirmação da superioridade dos bens da excelência (as virtudes) sobre os bens da eficácia (o campo das paixões e dos desejos). Por uma exigência racional, os bens da eficácia devem subordinar-se aos bens da excelência. Impulsos, paixões e desejos devem ceder à virtude (*areté*), que a razão humana tem capacidade de indicar. [12]

É no interior dessa concepção que se distinguem os regimes íntegros dos regimes degenerados. O regime reto é aquele que, conduzido pelo saber (*sofos*), realiza a virtude (*areté*). E a justiça é uma das virtudes – a virtude política por definição. Os regimes corrompidos são muitos e decorrem do afastamento da virtude. Ora, a virtude – que é uma só – é a conformidade com a ordem universal, física e humana, dirigida por leis eternas. Por isso a virtude pode ser vista também como submissão racional às leis universais.[13]

2.2. Aristóteles (384-322 a.C.) e os regimes políticos

2.2.1. Originalidades

ARISTÓTELES, corrigindo e completando PLATÃO, dá continuidade ao projeto deste.[14] Ele começa o argumento sobre os regimes parecendo aceitar o velho critério do número dos que dirigem a *polis*: um, alguns ou o grande número.

Uma *primeira originalidade* está no critério ético que elegeu para fechar a sua classificação: a finalidade buscada pelos dirigentes.[15] A finalidade que define os regimes retos é o *bem comum*, o *bem viver* (ou, em outros termos, a *vida boa*, a promoção das condições para que todos os cidadãos possam buscar a realização plena, vale dizer, a felicidade, a *eudaimonia*).[16] Os regimes transviados são os que se desviam do bem comum para fixar-se nos interesses setoriais dos que dirigem a *polis* (sejam eles um único mandante, um grupo dominante ou a multidão). Sem anular a diferença entre política e ética, ele faz duas coisas: (1) conduz, de um modo original, a política na direção da ética (o bem comum, como um *telos* ético); e (2) em movimento

inverso, traz a própria ética para dentro da política, como um novo capítulo desta, ao descobrir um bem (ético) que tem uma essência eminentemente política.[17]

Uma *segunda originalidade* do Estagirita está ligada à descoberta dos três tipos de uso da razão, que perpassam toda sua obra. Para ele há:[18]

a) a *razão teórica* (*episteme* ou conhecimento), que busca a *verdade*, a representação mais adequada possível da realidade, ocupando-se dos universais (válido para qualquer situação) e do necessário (nos dá certezas), e é própria dos princípios da ciência e da filosofia;

b) a *razão prática* (*phronesis* ou prudência), que busca a *excelência*, o que se deve fazer aqui e agora, ou seja, o bem agir, a decisão melhor, ocupando-se dos particulares e do contingente, e é própria dos juízos éticos e políticos; e

c) a *razão técnica* (*techné* ou técnica), que busca a *eficiência*, o bem fazer (*poiesis*), ocupando-se do modo de operar, e é própria das regras e diretrizes metodológicas visando a resultados.

Não se pode negar que na política, na ética e no direito (*jurisprudentia*) há um lugar importante para a razão teórica: conhecimentos filosóficos e científicos, nestas áreas, geram um saber, que aponta, em abstrato, o bem a que deve tender o humano, quer no espaço político, quer nos demais espaços do obrar. Assim, pode-se estudar, filosófica e cientificamente, as finalidades da política e do Estado, bem assim as finalidades do agir humano em geral. Entretanto, essas três áreas são fundamentalmente práticas. Envolvem alternativas reais. Cobram decisões em situações concretas. Questionam como, no *hic et nunc*, particular e contingente, deve-se decidir e agir para realizar o bem comum, o bem ético e o bem jurídico, na direção do *telos* contemplável pela razão, universal e abstratamente.

ARISTÓTELES ensina que o agir requer um “silogismo” prático. Partindo de uma visão geral e abstrata dos fins (os princípios da *arché*, que brotam da contemplação do *telos* pelos agentes mergulhados na realidade concreta da vida), os agentes estabelecem um diálogo com a realidade (uma *epagogia*), iluminado pela virtude da prudência (*phronesis*), que, em processo deliberativo, vai revelando a condução da melhor decisão (*proairesis*) sobre o curso a ser seguido (*praxis*).[19] Quanto mais prudentes, bem informadas e plurais forem as opiniões consultadas, na busca de orientação sobre o agir, maiores serão as probabilidades de um indivíduo

(na vida privada) ou de um estadista ou magistrado (na esfera pública) vir a tomar, em cada caso, a melhor decisão.

2.2.2. Razão prática e regimes políticos

ARISTÓTELES aplica essas categorias no estudo dos regimes políticos.

Um primeiro ponto: o foco dele está no regime ideal, aquele que busca o bem comum e, assim, a felicidade dos cidadãos, em conformidade com a essência e os fins da *polis*. O filósofo chama esse regime de *politeia* (termo que atualmente vem sendo bem traduzido por *regime constitucional*).[20] Ora, não só o governo de muitos para o bem comum é uma *politeia*: a monarquia (governo de um) e a aristocracia (governo de alguns) também o são. Ele deixa isso claro na seguinte passagem: "Quando os muitos governam em vista ao interesse comum, o regime recebe o nome comum a todos os regimes (corretos): regime constitucional".[21] Assim, na língua grega, *politeia* designava também a essência de regime ideal, que se faz presente em todos os regimes corretos: a monarquia, a aristocracia e a *república* (termo que Políbio vai usar na tradução latina). Para complicar ainda mais a comunicação, o termo *politeia*, em grego, é empregado também para significar tanto *constituição* quanto *governo*. Torna-se, por isso, como se vê, muito difícil traduzir e entender bem certas passagens de Aristóteles, como, por exemplo, as quinze últimas linhas do n. 1279 letra *a* (linhas 25 a 40). Nelas, o termo *politeia* aparece nos cinco sentidos aqui recenseados! [22]

Esse excurso terminológico fez-se necessário para se poder avançar um *segundo ponto*: ARISTÓTELES é um verdadeiro realista. Sabe que a *politeia*, como regime ideal (essência ou forma da própria política), é irrealizável plena e totalmente pelos regimes políticos concretos, os quais – salvo a tirania[23] – são aproximações ou afastamentos, maiores ou menores, da *politeia* enquanto ideal político.

Do rol inicial dos seis regimes políticos, com os quais começou seu discurso, no Livro III, Aristóteles foi excluindo, ao longo do Livro IV, além da tirania, também a monarquia e a aristocracia.[24] Restaram para tipificar o universo plural e diferenciado das organizações políticas concretas, *basicamente*, duas *formas*: a democracia e a oligarquia. Eis os termos:

> "Existem tantos regimes (concretos) quantas as ordenações de poderes na cidade, sejam elas baseadas na superioridade, sejam nas diferenças entre

as partes. *As formas de ordenação política parecem ser principalmente duas.* Assim como a propósito dos ventos se considera que existem dois tipos – o setentrional (Bóreas) e o meridional (Soto) – sendo os restantes uma variação destes, também nos regimes *se podem identificar duas formas: democracia e oligarquia.* Neste sentido, a aristocracia tem que ser considerada como uma forma de oligarquia, isto é, como se fosse uma determinada oligarquia; e o regime constitucional (enquanto concreto) como uma forma de democracia, do mesmo modo que, partindo do exemplo dos ventos, se considera o vento Oeste (Zéfiro) como uma espécie de vento do Norte, e o vento Leste (Euro) como uma espécie de vento do Sul."[25] (Destaques e parênteses nossos).

2.2.3. Aristóteles e a *politeia*

Aristóteles se inclina pelo regime constitucional, pela democracia. E por quê? O grande número teria mais "direito" em participar da política que uns poucos? Ou seria, por definição, mais "justo" repartir o bem comum para a maioria? As razões não são bem essas. É que a *deliberação* ínsita ao *governar* (ou seja, ao decidir, ao controlar e ao executar o bem comum em concreto) terá tanto mais qualidade quanto mais universal e ponderado vier a ser o processo deliberativo, especialmente pela contribuição dos diferentes pontos de vista sobre o bem comum concreto.[26] e [27]

Para Aristóteles, a *politeia* é o regime conatural à *polis* (e, pois, à *cidadania*), que se coaduna com seus fins e é ínsita à sua própria forma ou constituição. Por isso o mesmo termo indica o ideal da *polis*, o *regime reto* do maior número e a própria *ideia de Constituição*. Até a definição aristotélica de cidadão carrega essas notas: "*Cidadão é o que tem poder para deliberar e julgar sobre todas as questões ou sobre algumas*". E a *polis* nada mais é do que o "*conjunto dos cidadãos suficiente para viver em autarquia*". [28]

Rigorosamente, a monarquia e a aristocracia, para realizarem em concreto, pela razão prática, o bem comum, exigiriam, do único ou dos poucos dirigentes, virtudes sobre-humanas. Di-lo ARISTÓTELES, com palavras carregadas de ironia, que nem todos os autores perceberam:

"Se existir um indivíduo ou vários (mas insuficientes para formar a população da cidade) tão preeminentes em virtude que nem a virtude nem a capacidade política dos outros se possam comparar às deles (se forem

vários) ou às suas (se for um só), um tal indivíduo, ou indivíduos, não devem ser tratados como simples partes da cidade. Tratá-los-emos injustamente se apenas os acharmos dignos de direitos iguais, sendo eles tão desiguais em virtude e capacidade política. Um indivíduo assim torna-se como um deus entre os homens. Por aqui se vê que a legislação se refere necessariamente àqueles que são iguais em nascimento e capacidade, enquanto para os seres superiores não existe lei; eles mesmos são a lei. Seria estultícia tentar legislar para eles: retaliariam com as palavras usadas pelos leões da fábula de Antístenes, quando as lebres reivindicaram, em assembleia, a igualdade para todos."[29]

ARISTÓTELES constata que não existem mais realezas. Se há, acrescenta, "*têm de ser consideradas mais como tiranias.*"[30] Como realista, observa – embora incidentalmente e sem pronunciar-se pessoalmente[31] – que, no plano concreto da realidade, os regimes existentes são todos híbridos, vale dizer, *mistos*. Na maioria das cidades que conhece, os regimes concretos inclinam-se ou para a democracia ou para a oligarquia, ou para uma combinação entre essas duas.

Essas combinações dependem de uma série grande de fatores, dos institucionais (como a organização das magistraturas) aos socioeconômicos (como as relações entre os ricos e os pobres). Recomenda, fortemente, que os regimes concretos conformem-se às realidades específicas de cada cidade.[32] E entre suas observações mais agudas está aquela que se refere à importância dos setores médios da população, como fator de racionalidade e, pois, de estabilidade dos regimes políticos.[33]

Aliás, ARISTÓTELES identificava três requisitos fundamentais para a existência e o funcionamento da constituição legítima: ela deveria ser *mista, regulada e limitada pela lei constitucional* e *fundada no consentimento*.[34]

2.3. Contribuição de Políbio (200-118 a.C.)

POLÍBIO[35], um dos últimos clássicos antigos, faz, no Livro VI de sua *História*, um exame minucioso das instituições políticas romanas da época. Antes, porém, formula uma verdadeira teoria dos regimes políticos.[36]

Inspirado em PLATÃO, acolhe a tipificação de três formas legítimas (por respeitarem as leis e terem o consentimento dos governados) e três formas

ilegítimas (pelo domínio das paixões e do arbítrio dos governantes). Denomina as três primeiras *reino*, *aristocracia* e *democracia* e, as últimas, *tirania*, *oligarquia* e do neologismo *oclocracia*[37]).

POLÍBIO aceitou a ideia platônica da degradação cíclica dos regimes, mas com uma importante alteração. A inevitável corrupção alternaria uma forma boa e uma forma má: do reino à tirania; da tirania à aristocracia; desta à oligarquia, até chegar à oclocracia, quando, então, o ciclo reiniciaria, com um salto de retorno ao reino. Ainda diferentemente de PLATÃO, considerava que o pior dos regimes não seria a tirania, mas a oclocracia.[38]

POLÍBIO convenceu-se de que o atributo mais precioso de um regime seria a estabilidade, que dificultaria sua degeneração, preservando-o, pelo menos, de mudanças bruscas e violentas, pois a imunidade completa aos ciclos seria irrealizável. O remédio possível, por ele proposto, estaria num sétimo regime, o *regime misto*. Sobre ele, cumpre agregar algumas observações.

Seu regime misto nada tem a ver com o de ARISTÓTELES, cuja obra, provavelmente, nem conheceu. O Estagirita via o regime misto como um meio de impedir a hegemonia dos ricos ou a dos pobres, propiciando às classes médias o exercício de um papel relevante de equilíbrio social. Já POLÍBIO se preocupava só com a forma política das constituições, sem considerar suas bases sociais.[39]

POLÍBIO pretende combinar as vantagens das três formas legítimas.[40] Além disso, imagina mecanismos institucionais de freios e contrapesos. Assim, se “cada órgão pode obstaculizar os outros ou com eles colaborar (...), todos permanecem dentro dos limites prescritos, de um lado porque têm impedidos os impulsos agressivos e, de outro, porque desde o princípio temem a vigilância dos demais”.[41]

A teoria polibiana da constituição mista é acolhida por CÍCERO (106-43 a.C.). Não apenas se converteu na doutrina idealizada da constituição romana. Por meio deste teria chegado a Montesquieu, transformando-se, então, na primitiva matriz do constitucionalismo contemporâneo.[42]

2.4. O pensamento medieval e os regimes políticos

BOBBIO registra que o pensamento medieval, tão rico na filosofia (e na teologia), nada de fundamental acrescentou à tipologia dos regimes políticos, herdada da Grécia e de Roma antigas.[43] O fato decorreria – suspeita o autor – de uma "*concepção negativa do Estado*", ínsita à cultura medieval mais antiga, que remonta pelo menos a AGOSTINHO e a ISIDORO de Sevilha. Com efeito, nessa primeira fase, os medievais se deixaram influenciar por PLATÃO.

A partir do século XII, os escritos de ARISTÓTELES chegaram à Europa e lavraram marcas profundas na chamada Escolástica. TOMÁS DE AQUINO retoma esse saber político, decidido a recuperar a ideia de uma ordem natural da *polis*, reconstruindo a ideia de *Estado* ou de sociedade política plena. Há quem diga, até, que este filósofo preludiou o nacionalismo político de Maquiavel, ao abrir-se ao pleno reconhecimento do "comunitário" ou "natural", diante do universal ou imperial, em suma, da *natio* diante da *gens*.[44]

A indigência de uma morfologia do Estado especificamente medieval decorre da realidade sociopolítica. Liga-se à ausência, no mundo feudal, de Estado. Desaparecida a *polis* enquanto unidade política, não surgiu neste longo período uma outra unidade de *politicidade* similar, que se lhe pudesse comparar.[45]

No dito *Reino Medieval Feudal*, a fragmentação e a descentralização do poder político eram tão extensas que retardaram a institucionalização da esfera pública. A órbita propriamente política nunca chegou a destacar-se, claramente, da órbita estritamente social. O *público*, prisioneiro, dependia das relações privadas. Estava, com a politicidade que lhe é inerente, solvido na sociedade.[46]

Em ambiente que não conheceu, propriamente, o Estado-Instituição, não se poderia mesmo esperar um maior progresso da teoria dos regimes políticos.

2.5. Balanço da teorização pré-moderna

Assim, a tipologia pré-moderna dos regimes políticos fusionava, em um critério unitário, aspectos técnicos (o número dos dirigentes), aspectos sociopolíticos (a extração social efetiva dos que mandam) e aspectos éticos (os fins e a legitimidade do poder). As seis ou sete formas apresentadas na

pré-modernidade eram todas espécimes de um mesmo e único gênero, o gênero complexo e pouco diferenciado dos regimes. Essa unicidade fluida e flexível é o traço mais marcante do *status* pré-moderno da questão. O estudo das formas da política convergia a um núcleo central: a forma ideal da unidade política em seu todo.

Dois fatores principais cooperaram, aí, para conferir este caráter unitário à morfologia política clássica. *No plano das instituições*, a relativa simplicidade da *polis* grega, quando comparada à complexa máquina burocrática e territorial do Estado moderno. *No plano da epistemologia*, ainda não estavam demarcados suficientemente os domínios da filosofia e da ciência, nem as órbitas complementares da ética, da política e do direito, como também não se conheciam bem os espaços autônomos da arte, da religião e da economia.

Entrementes, a filosofia grega – combinando-se com o senso prático dos juristas romanos – tinha provocado um dinamismo civilizatório capaz de orientar e conduzir, ainda que com grande esforço e riscos reais, a aventura da racionalidade humana sobre os domínios da organização juspolítica do convívio.

3. Regimes na modernidade: caráter binário

3.1. As contribuições fundamentais

Na Europa, com a queda do Império Romano (séc. V), os restos da cultura greco-latina foram, seletivamente, apropriados pelo cristianismo. À luz de novos valores ético-religiosos, a civilização ressurgiu. Plasmou-se uma nova ordem, a da idade denominada “média”. Nela, a unidade complexa da “cristandade” fechou-se em torno do papado, como outrora, o mundo civilizado antigo centrara-se no Imperador. O universo de cidades, reinos e do Sacro Império articulava-se num tecido delicado de lealdades, que subia do local ao universal.[47] A esfera dos valores do espírito e o domínio das realidades temporais não tinham limites bem definidos.

Passados dez séculos, a ordem medieval (a unidade político-cultural de então) ruiu: (a) a reforma quebrara a comunhão religiosa; (b) a filosofia dita moderna, com seu pluralismo, abalara o monismo da tradição escolástica. A preservação da ordem social no Ocidente passou, então, a depender, muito

mais, dos laços da política que dos apelos da moral e da religião. Essa necessidade engendrou o triunfo do Estado Nacional Moderno.

Impôs-se então repensar a teoria dos regimes políticos. O critério ético não podia mais absorver toda a classificação. Considerações de ordem política tinham de ser aprofundadas para entender as formas estatais que se faziam necessárias. Cumpria encontrar um cânone ou critério político autônomo que atendesse às peculiaridades do poder soberano imperante sobre povos e territórios.

O Estado Moderno foi um edifício institucional à procura da autonomia política. Lutou para transcender os interesses seculares entrincheirados que exploravam a sociedade como um todo, entre eles os privilégios corporativos e religiosos. Buscava cultivar o bem comum, com um mínimo de isenção e de racionalidade. Este o núcleo do projeto do Estado Moderno: erigir uma esfera *pública*, autônoma e sobranceira, para o bem *público*, diante do privado e do setorial.[48] Bloqueavam seu caminho: as graves deficiências institucionais, os privilégios e a corrupção da aristocracia, as dificuldades financeiras e a retórica dos adversários e das pretensões contrariadas.

A institucionalização do público gerou a "nacionalização" da política. Esta, em novos moldes, levou adiante as demais nacionalizações: a dos territórios, a das populações, a da economia e a da cultura. A *monarquia* dita "absolutista" ou "moderna", que forjou o espaço público no Estado Nacional, tem pouco a ver com a instituição medieval que atendia pelo mesmo nome. Ela agora quer responder aos imperativos dos novos tempos. É *burocrática*, pois pede uma "classe" dirigente nova, de espírito mais profissional, para dirigir o país com os meios modernos, a começar pela imprensa oficial. É *territorial*, no sentido de alcançar todos os bens e pessoas que se situem sobre seu espaço geográfico. É *nacional* por unir a população toda (agora, "nação"), acima dos paroquialismos. É *centralizada*, por monopolizar o uso interno da força (a soberania), firmando seu poder interno e a sua independência externa.[49]

MAQUIAVEL, BODIN e MONTESQUIEU, o último já um convertido ao liberalismo, são os grandes mestres desse largo período. Eles perceberam as *autonomias* recíprocas entre as complexas dimensões do humano, a começar pela autonomia da política diante das convicções religiosas e diante dos conflitos de tábuas éticas, que já se desenhavam na sociedade

pluralista nascente. Descobriram a importância da política para construir a unidade da sociedade em torno do bem público, administrando pacificamente as colisões de percepções, crenças e interesses, que a liberdade nas relações sociais tende a fomentar.

3.2. A classificação de Maquiavel (1469-1527)

O real sentido das ideias políticas de MAQUIAVEL é um enigma da teoria do Estado que vem resistindo cinco séculos.[50] Seu impacto na tipologia dos regimes políticos *lato sensu* procede já da primeira linha d'*O Príncipe*: "Todos os Estados que existem e já existiram são e foram sempre repúblicas ou principados".[51] Nesse livro ele cuida dos *principados*. No seu outro livro importante, *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio*, ele trata das *repúblicas*.[52]

N'*O Príncipe,* além de reclassificar os regimes em apenas duas espécies, ele também abandona explicitamente a divisão entre formas boas e formas más. Simples na aparência, no mérito a mudança é profunda. À primeira vista, o critério da distinção continuava numérico, a saber: *principados*, o governo de um só dos clássicos da monarquia; e *repúblicas*, o governo dos muitos, comportando, em princípio, duas (sub)espécies, as *repúblicas aristocráticas* (governo de um pequeno número) e as *repúblicas democráticas* (governo de um grande número).[53]

Na sua outra obra – os *Comentários* (*Discorsi*) – o autor segue à letra o velho POLÍBIO, classificando as *repúblicas* (agora no sentido grego de *polis*) em monárquicas (*principato*), aristocráticas (*ottimati*) e democráticas (*popolare*). Observe-se que o termo *principado* aparece duas vezes: (a) na classificação geral d'*O Príncipe* e (b) aqui, nos *Discorsi*, como (sub)classificação das repúblicas.[54] Por óbvio, o termo não pode ter nos dois textos o mesmo sentido, sob pena de inconsistência.

Repúblicas são os Estados que se contêm nos limites de uma cidade.[55] Resulta claro, já no Livro I, Cap. 2º, dos *Discorsi,* que é delas que MAQUIAVEL vai tratar, aceitando literalmente o esquema de POLÍBIO, elaborado para explicar o regime da cidade de Roma.[56]

Já os *principados*, na classificação geral de *O Príncipe*, são os Estados que transcendem os limites da cidade. Aí MAQUIAVEL quis referir-se à

novidade do Estado-nação que despontava, naquele momento, em muitos cantos da Europa e que ele tanto desejava ver implantada em uma Itália unificada.[57] É a paixão que incendeia *O Príncipe*[58]. Assim, *principado*, na classificação geral, quer designar aquelas "nações unificadas sob um só chefe". *O Príncipe* abertamente defende a conquista e a preservação de domínios territoriais, visando à formação de ordens nacionais. Compreende-se o uso do termo *principado* para designar os novos Estados-nações: (a) a "ciência política" de então não dispunha de muitos recursos terminológicos para nominar as inovações, tendo de socorrer-se de nomes já em voga; e (b) a forma mais natural de governar Estados nacionais, ao menos no estádio de fundação, era a *monarquia*, termo que guarda estreita afinidade com o vocábulo *principado*.[59]

A dicotomia "república/principado" de *O Príncipe* guarda, pois, analogia com a dicotomia histórica clássica Estado-cidade/Estado-nação. Se *república* é a *polis*, a cidade em sentido político, *principado* é a ordem que se estende por um território mais extenso, envolvendo pluralidade de cidades e de áreas agrestes. Da antiguidade até o século XVI, as duas *formas territoriais do poder*[60] – a de cidades, federadas ou livres, e a de nações unitárias – guardaram ligações umbilicais com as duas *formas de titularidade do poder*[61] – república e monarquia –, respectivamente. Constituíram, combinadas, dois pares que tendem a andar sempre juntos.[62]

Assim, só no Estado-cidade se poderia praticar naturalmente a forma política da democracia, com a eleição de autoridades temporárias. No Estado-nação da época, tanto a democracia quanto a eleição de um chefe nacional temporário eram inviáveis. Apenas o príncipe vitalício em uma forma monárquica de governo parecia ajustar-se ao Estado-nação.

Mais: nos limites de uma cidade, tudo favorecia a *república*. O poder político estava ao alcance da comunidade. A exigência de formalização era menor. O trânsito entre as posições de governante e de governado, mais fácil. A projeção mágica do poder, menos sentida. O controle de seu exercício, menos complexo.

Já no território de uma nação (monarquia ou império), as distâncias eram muito grandes. Nele congregavam-se comunidades muito diferentes. As diversidades culturais eram mais evidentes. E os espaços, mais amplos, a começar pelos geográficos, separavam dramaticamente os governantes dos governados.

N'*O Príncipe*, MAQUIAVEL deixou pistas para uma teoria das *formas territoriais do Estado*, ao valorizar a existência e o fortalecimento dos Estados-nações modernos (os principados)[63]. Principalmente, intuiu a potencialidade de os Estados-cidades, como Florença, unindo-se a outros, tornarem-se unidades mais amplas e poderosas. Nessa linha, dois séculos depois, MONTESQUIEU imagina Estados-cidades que, como repúblicas, poderiam vir a ser elementos constitutivos de uma federação de repúblicas, ou seja, uma república federativa.[64]

Enfim, nos *Discorsi*, examinou as *formas de titularidade do poder*, ou seja, a quem atribuir o comando do poder na unidade política: se a um, a alguns ou a todos. Nem aí MAQUIAVEL diferençou "formas boas" de "formas más", rompendo com a tradição ético-política que recuava à antiga Grécia. Para ele, a monarquia se transforma em despotismo, a aristocracia em oligarquia; e a democracia em permissividade, em pouco tempo. Não há como impedir uma forma de precipitar-se no tipo contrário, tal a semelhança entre as formas tidas como boas ou más.[65]

Eis, em suma, a contribuição de MAQUIAVEL: ele quebrou a unidade de cânones do mundo clássico em dois critérios classificatórios autônomos de regimes *lato sensu*: o da "forma de Estado" e o da "forma de governo". E em nenhum desses dois cânones o elemento ético veio a ocupar posição determinante.[66]

3.3. A classificação de Jean Bodin (1530-1596)

O Estado Nacional Moderno começava a vingar no oeste europeu, mas carecia de uma teoria jurídica e de arranjos institucionais próprios. Sanar essas lacunas foi a missão do jurista francês BODIN, nos *Six livres de la république*, editado na língua pátria e considerado, com toda a justiça, "a suma jurídico-política do século".[67] A obra influenciou fortemente o direito público e as elites de França e Inglaterra. Com ela nascia a doutrina moderna da soberania, ferramenta essencial na unificação política e na institucionalização do Estado.[68]

República é em BODIN a unidade política plena (ou seja, o próprio Estado, não uma "forma de governo"!). Eis a sua definição: "République est un droit gouvernement de plusieurs menages, et de ce qui leur est

commun, avec puissance souveraine".[69] Dela se extraem dois elementos essenciais: o *reto* governo (a finalidade) e a *soberania* (a forma), ambos intimamente ligados.

Soberania é a qualidade do poder do Estado que o faz supremo em seu território, acima de toda parcialidade social, corporativa ou religiosa, tendo em vista um fim reto, ou seja, racional e bom: o bem comum de todos.[70] Ela está jungida à *retidão* dos fins, ínsitos à *república*. Os que detêm ou exercem poder soberano "estão sujeitos às leis de Deus, às da natureza, e às várias leis humanas comuns a todos os povos" (bem assim às "*leis fundamentais*", que se referem "*ao Estado e à fundação do Reino*").[71]

A França da época dilacerava-se na guerra entre protestantes e católicos. O Estado era incapaz de pacificar o país e garantir a segurança das pessoas. BODIN, ligado aos *Políticos*, grupo equidistante aos partidos católico e protestante, defendia a tolerância, aceitando a ruptura da unidade cristã como fato consumado.

O rei – a autoridade mais alta da república – deveria pôr-se acima dos conflitos, obrando como árbitro, protetor de todos, e não como chefe de uma parcialidade. Em suma, um rei forte, com poder soberano transcendente à sociedade, realizaria, frente aos conflitos e aos fanatismos, a unidade do Estado-nação, vencendo a anarquia.[72]

Por isso, também foi BODIN o primeiro a perceber, claramente, a distinção entre Estado e governo, isto é, entre a soberania em sua essência (o Estado) e a soberania em seu exercício (o governo).[73] Essa distinção só veio a ser mais bem realçada a partir do século XIX, no sistema de governo dito "parlamentarismo".[74]

A *titularidade formal* da soberania – ensinava BODIN – é indelegável e indivisível. Neste ponto não cabe regime misto. O titular da soberania ou é o rei, a pessoa que, no Estado monárquico, enfeixa a unidade da comunidade; ou é a nobreza, no Estado aristocrático; ou é o povo todo, no Estado popular.[75] Entretanto, o *exercício real* das funções da soberania – o governo – pode, sim, ser delegado (e temporariamente): ou ao próprio rei (governo monárquico), ou à nobreza (governo aristocrático), ou ao povo todo (governo popular).

Assim, BODIN deu feição definitiva aos primeiros cânones dos regimes políticos, que, a despeito da passagem dos séculos, permanecem firmes até

hoje: as “formas de Estado” e as “formas de governo”.[76]

Conjugando “formas de Estado“ com “formas de governo”, BODIN obtém nove combinações possíveis, nem todas igualmente viáveis, a saber: monarquia monárquica, monarquia aristocrática e monarquia democrática; aristocracia monárquica, aristocracia aristocrática e aristocracia democrática; e, por fim, democracia monárquica, democracia aristocrática e democracia democrática.

Mas BODIN não para aí. No Livro II expõe uma última subdivisão, fundada agora sobre a *maneira de exercer o poder.* De acordo com ela, cada uma das três formas de Estado – a monarquia, a aristocracia e a democracia – poderia subdividir-se em (1) *reais* ou *legítimas,* (2) *senhoriais* e (3) *tirânicas*. [77] Nessa especificação introduziu critérios que parecem conter uma abertura a valores éticos:

> “A monarquia real ou legítima é aquela na qual os súditos obedecem às leis do monarca e o monarca obedece às leis naturais, desfrutando os súditos da liberdade natural e da propriedade de seus bens.(...) A monarquia senhorial é aquela na qual o príncipe se fez senhor dos bens e das pessoas pelo direito da guerra, governando os súditos como o pai de família governa os escravos.(...) A monarquia tirânica é aquela na qual o monarca, desprezando as leis naturais, abusa das pessoas livres – como de escravos – e dos bens dos súditos – como de seus próprios. (...) A mesma diferença se dá nos Estados aristocrático e democrático, cada um dos quais pode ser legítimo, senhorial ou tirânico.”[78]

As distinções de BODIN, ademais, prepararam o direito público para aceitar, mais tarde, como dogma universal, a compossibilidade jurídica entre a *unidade indivisível* da soberania nacional, *vis-à-vis* à *divisibilidade* das funções políticas nela depositadas, partilháveis entre órgãos institucionalmente separados. Sem tal avanço do direito público, não teria sido possível, no Ocidente, uma primeira divisão dos poderes políticos e sua posterior evolução até nossos dias, o que acarretou fundas consequências sobre a teoria dos regimes políticos.

Em conclusão: na classificação dos regimes políticos, BODIN permaneceu fiel à tendência binária da modernidade. Entretanto, já se mostrou sensível à consideração de novos cânones ordenatórios, abertos a valorações éticas.

3.4. A classificação de Montesquieu (1689-1755)

Século e meio depois de BODIN, outro jurista francês, também versado em direito público, estudou os regimes políticos: MONTESQUIEU. Seus trabalhos têm enorme valor por sua capacidade de perceber e de valorizar: (a) a realidade social que influi sobre o direito e a política, presente vivamente n'*O espírito das leis*;[79] (b) a diversidade cultural do mundo não europeu; e (c) as técnicas institucionais concretas que, aprimoradas, podem favorecer, e muito, o bom governo.[80]

MONTESQUIEU classifica os regimes políticos em dois grupos.

No primeiro grupo adotou como critério a *titularidade da soberania*.[81] E, como já fizera MAQUIAVEL, ele conectou esse critério com a dimensão territorial da unidade política. Assim, a monarquia (a titularidade de um) é a forma factível no Estado-nação. Já o Estado-cidade – a *república* em sentido estrito[82]– se coaduna tanto com a aristocracia (a titularidade de alguns) como com a democracia (a titularidade de todos).[83] Examinemos o texto clássico d'*O espírito das leis*:

> "Há três espécies de governo: o *republicano*, o *monárquico* e o *despótico*. Para descobrir-lhes a natureza basta a ideia que deles têm os seres humanos menos instruídos. Eu suponho três definições, na verdade, três fatos: o governo *republicano*, aquele no qual o povo, em seu todo ou em parte, detém o poder soberano (*souveraine puissance*[84]); o *monárquico*, no qual um só governa, mas por leis fixas e estabelecidas; e o *despótico*, no qual, sem lei e sem regras, um só tudo dirige (*entraîne*) por sua vontade e seus caprichos".[85]

Quanto a esse primeiro grupo, cabe um par de perguntas. Como interpretar nesse texto o acréscimo da espécie *governo despótico*? Ora, se *esse* regime for entendido como a corrupção da monarquia (a velha *tirania*), a classificação inteira ficaria defeituosa pela mescla assistemática de dois critérios, a saber, *o* dos *sujeitos da soberania* (um ou muitos), com *o* do *modo de governar* (eticamente bom ou mau). A interpretação dos melhores comentadores é que *governo despótico,* nessa tipologia, indica, sem juízo de valor, a forma de governo prevalente, à época, no Oriente. MONTESQUIEU simplesmente coloca-a ao lado das duas formas

ocidentais, para abranger, no seu estudo, a realidade da cultura oriental.[86]

Seria possível acrescentar a esse primeiro grupo, como outra subespécie de república, a novidade que ele identificou e batizou de *republique federative*? Pensamos que sim. E vamos além: essa foi a mais importante contribuição de MONTESQUIEU ao futuro regime político dos Estados Unidos, talvez até maior que a ideia da separação dos poderes. Eis o texto relevante:[87]

> "Se uma república é pequena, ela será destruída por uma força estrangeira; se ela é grande, ela se destrói por um vício interior. Essa dupla inconveniência afeta, igualmente, as democracias e as aristocracias, sejam elas boas ou más. O mal está na coisa em si e, pois, não há como remediá-lo".
>
> "Assim, à primeira vista, os seres humanos seriam, afinal, obrigados a viver sempre sob o governo de um só, se não tivessem imaginado uma maneira de constituição que reunisse todas as vantagens interiores do governo republicano e a força exterior do monárquico. Falo da república federativa".
>
> "Essa forma de governo é a convenção pela qual várias unidades políticas consentem tornar-se 'cidadãs' do Estado maior que querem formar. É uma sociedade de sociedades, fundando uma nova, que pode ampliar-se com novos associados, até que seu poder seja suficiente para garantir a segurança de todos aqueles que se uniram".
>
> "Foram essas associações que fizeram florescer por tanto tempo o corpo (político) da Grécia. (...) É por elas que Holanda, Alemanha e as ligas suíças são vistas na Europa como repúblicas eternas". (...).
>
> "Essa espécie de república, capaz de resistir à força exterior, pode se manter em sua grandeza sem corromper-se interiormente. A forma dessa sociedade previne todos os inconvenientes".(...) "Composta de pequenas repúblicas, ela goza de bom governo no interior de cada uma; e, relativamente ao exterior, ela tem, pela força da associação, todas as vantagens das grandes monarquias".

Examinemos agora o segundo grupo de regimes apresentado por MONTESQUIEU, os regimes políticos moderados e os regimes despóticos. É, em seu entender, a classificação mais importante, como se vê deste trecho:

> “Não há inconveniente quando o Estado passa de um governo moderado a um governo moderado, como da república à monarquia, ou da monarquia à república; o inconveniente está quando ele cai e se precipita do governo moderado ao despotismo.”[88]

O critério desse segundo grupo reside assim na retidão, ou na corrupção, dos “governos”, quanto a seus respectivos princípios. A cada regime corresponderia, por natureza, uma virtude ou um princípio cívicos:[89] (1) à república democrática, o “amor à pátria” ou a “igualdade”, a grande virtude;[90] (2) à república aristocrática, a honra e uma virtude “menor”, a “moderação”;[91] e (3) à monarquia, a “honra”, o reconhecimento e o respeito aos poderes intermediários e às prerrogativas das corporações.[92]

Quando as três primeiras formas cumprem seus respectivos princípios têm-se os governos “perfeitos”,[93] os *governos moderados*. Se elas traírem seus princípios, corrompendo-se, tornam-se *governos despóticos*: o despotismo de todos, o despotismo de alguns e o despotismo de um.[94] O governo despótico da classificação anterior´ – o governo oriental – “*já é corrompido por sua natureza; (...) ele perece por seu vício interior: nenhuma causa acidental será capaz de impedir que seu princípio se corrompa*”, seu princípio é o “medo”.[95]

Antes, em página forte, MONTESQUIEU deixara clara a distinção entre esses dois tipos, que, a nosso ver, correspondem, de forma ao mesmo tempo mais simples e mais madura, às distinções que BODIN fazia entre os *modos diferentes de exercer o governo*:

> “Depois de tudo o que dissemos, pareceria que a natureza humana rebela-se sem cessar contra o governo despótico. Entretanto, malgrado o amor dos homens pela liberdade, malgrado seu ódio à violência, a maior parte dos povos está a ele submetida.[96] É fácil compreender o porquê. Para instituir um governo moderado é preciso combinar poderes, regulá-los, temperá-los, fazê-los agir. Adicionar a um, por assim dizer, o lastro necessário para resistir ao outro. Trata-se de uma obra-prima da legislação, que o acaso e a prudência raramente conseguiriam realizar. Um governo despótico, ao contrário, por assim dizer, salta aos olhos; é uniforme por toda a parte; como, para estabelecê-lo, não são necessárias senão paixões, todo o mundo é bom para tanto”[97] (Ênfases

acrescentadas).

Diga-se, como conclusão, que em dois pontos MONTESQUIEU foi particularmente original. Por um lado, ninguém, até então, pelo menos na modernidade, se preocupara tanto com a crítica aos regimes despóticos. Por outro, ninguém como ele enxergou tão bem a importância de arranjos institucionais, "obra-prima de legislação", a fim de viabilizar os regimes moderados. O conjunto desses arranjos virá a ser chamado, no século XX, de sistemas de governo.

Com efeito, no Livro XI, Capítulo VI, d'*O espírito das leis*[98], ele escreveu as diretrizes básicas de um sistema que viria a chamar-se, no futuro, de "presidencialismo". Ele propôs uma classificação das funções políticas, uma ordenação dos órgãos dotados de soberania e um esquema de relações recíprocas entre eles, em um nível de especificações até então desconhecidas, e que entrou na história das ideias políticas com o nome de "separação de poderes". Neste momento, sim, ergue-se um MONTESQUIEU prescritivo, desenhando, recomendando, defendendo um projeto institucional que ainda não existia, pelo menos no continente europeu, como a fórmula mais adequada para viabilizar o governo moderado.

3.5. Balanço da teorização moderna

A classificação pré-moderna dos regimes políticos, que teve ARISTÓTELES como autor seminal, adotava a unidade de critério ordenador[99]. Ademais, esse critério unitário privilegiava os aspectos em que a ética prevalece ou deve prevalecer sobre a autonomia da política. Isso tudo, porém, prendeu o tratamento das formas políticas aos domínios da filosofia moral. O trânsito do tema para espaços novos de uma ciência do Estado e do direito terá de esperar o progresso do saber humano.

As classificações modernas, de MAQUIAVEL a MONTESQUIEU, passando por BODIN, cortaram ao meio o critério grego original, fazendo surgir em seu lugar dois hemisférios criteriológicos e, pois, um tratamento binário dos regimes políticos.

No primeiro, vão ficar as *formas de titularidade ou de domínio do poder* unificador do Estado (reduzidas hoje, como *"formas de governo"*, ao mero

detalhe da hereditariedade ou eletividade do chefe de Estado). Nessas velhas formas de *titularidade*, até as revoluções liberais, fundiam-se as *formas da própria unidade política*, à época duas: (a) a do *Estado-cidade* ou república (correspondendo à *titularidade* ou domínio de alguns ou de todos); e (b) a do *Estado-nação* ou monarquia (correspondendo à *titularidade* ou domínio de um só). Essa dicotomia vai ensejar a MONTESQUIEU um espaço intermediário para construir racionalmente uma terceira forma: (c) a do Estado-república federativa, que reuniria, das duas primeiras, as suas vantagens, suprimindo-lhes as desvantagens.

No segundo hemisfério vão restar as *formas de exercício do poder* do Estado. Essa categoria, partindo do marco clássico inicial numérico (exercício por um, por alguns ou por todos), abrangente de todos os espécimes concretos, vai desaguar, já no Estado Liberal, em dois critérios progressivamente autônomos: (a) o dos fins buscados no exercício do poder, se eticamente bons ou maus; e (b) o dos instrumentos técnicos ou arranjos institucionais, que, por sua vez admitem uma crescente e complexa pluralidade de articulações e formulações. O primeiro desses critérios – o dos fins eticamente relevantes – dará nas formas que virão a ser chamadas de “regimes de governo”, ou regimes políticos em sentido estrito. Já o segundo desses critérios produzirá, nos séculos XIX e XX, os diferentes “sistemas de governo”, território de eleição dos vocacionados à arquitetura constitucional.

4. Regimes na era liberal: caráter múltiplo

4.1. Os fundadores da Constituição Americana

A evolução dos regimes políticos foi profundamente marcada, na teoria e na realidade, pelo processo revolucionário americano de 1776 a 1787.[100] Antes mesmo da Suíça, os Estados Unidos mostraram a viabilidade prática da forma política *republicano-federativa* recomendada por MONTESQUIEU. É que a confederação suíça, iniciada em 1291, só veio a se tornar uma verdadeira federação em 1848![101] O êxito da experiência americana veio a ser em grande parte creditado aos arranjos institucionais imaginados por MONTESQUIEU. Esse sucesso aumentou mais ainda a

credibilidade do *sistema* de governo neles fundado, erigindo-o em modelo para o mundo[102] e, em especial, para os Estados ibéricos do novo continente.

Em suma, o impacto da experiência norte-americana sobre o pensamento político foi enorme. Na Europa, proporcionou um inesperado alento às forças que, em breve, explodiriam na denominada Revolução Francesa. Já na Ibero-América, a ordem política da república do Norte conquistou, ao longo do século XIX, as elites que dirigiram o processo de independência dos respectivos povos, como o modelo a ser seguido, ou, pelo menos, como fonte maior de inspiração.

Ora, depois dos Estados Unidos, a federação veio a desenvolver-se em outros países, combinada a outras formas e sistemas de governo. É o caso do Canadá e da Austrália, que são monarquias parlamentares, e a Índia, que é república parlamentar. A teoria e a prática acabaram demonstrando que não se poderia mais sustentar uma relação direta e necessária entre república e federação, nem entre monarquia e Estado unitário. Ademais, a experiência viria a revelar também que um governo limitado ou moderado, hoje se diria "democrático", independe de uma "separação de poderes" rígida ou radical, ou de freios e contrapesos que paralisem o poder do Estado.

De qualquer forma, o pensamento de estadistas como JEFFERSON (1743-1826), MADISON (1751-1836), HAMILTON (1755-1804) e do jurista JOHN MARSHALL (1755-1835), os *Pais Fundadores*, vai abrir e desenvolver novos horizontes ao direito público, mormente na teoria dos regimes políticos.[103]

Nascia aí um novo ramo do direito, o direito constitucional, com temas, categorias e institutos jurídicos novos, tratando de república, federação, sistema de poderes e de funções e declaração de direitos. Sublinhe-se que as contribuições vindas dos Estados Unidos, em face das características peculiares e originais da história daquele país, se apresentavam com credenciais de legitimidade histórica e de aceitação praticamente obrigatória às elites locais de ascendência ibérica.[104]

4.2. A contribuição de Benjamin Constant (1767-1830)

A revolução iniciada em 1789 dividiu a história da França e a nação francesa ao meio. Uma, reacionária, presa às instituições tradicionais e à monarquia de direito divino, não aceitava o liberalismo. A outra, revolucionária, comprometida com os ideais do liberalismo, rejeitava em bloco o regime anterior, a começar pelos aspectos simbólicos ligados à antiga monarquia.

A reconstrução de uma ordem de convívio não seria possível sem a cura dessa divisão. A essa missão dedicou-se o *liberalismo doutrinário*[105], corrente inspirada também na Inglaterra e que pretendia completar MONTESQUIEU.

O maior dos doutrinários foi o franco-suíço BENJAMIN CONSTANT. Defendia o espaço para uma alta política – *politique constitutionnelle*[106]–, superior aos fins partidários que consumiam todas as energias do País, ordenando-os ao bem maior deste. Pretendia, pois, reconciliar a França com ela própria, após os horrores da revolução. Convenceu-se de que arranjos institucionais adequados poderiam ajudar nessa tarefa, compatibilizando a ordem (que a monarquia poderia assegurar), com a liberdade pregada pela revolução.[107] O segredo estaria em separar institucionalmente Estado e governo. Ao governo corresponderia um poder político independente – o *poder governamental* ou *ministerial* – de tomada das decisões políticas, por natureza, controversas. Ao chefe de Estado ficaria reservada uma função de última instância, de *auctoritas* ou de controle, o *poder neutro* ou *moderador*. Construindo a unidade, guardaria uma posição de neutralidade partidária, para preservar os objetivos mais elevados da nação, em torno dos quais as divergências deveriam cessar.

Pode-se imaginar o impulso que essas ideias – refletidas nas Constituições francesas de 1814 e 1830 e, mais tarde, no consenso de 1871[108] – vão trazer ao desenvolvimento de uma teoria dos regimes políticos *lato sensu*, mormente dos sistemas de governo, ao pretenderem aprimorar as propostas de MONTESQUIEU.

4.3. A contribuição de Alexis de Tocqueville (1805-1859)

Até o segundo quartel do século XIX, em toda a Europa, o termo *democracia* ainda não se livrara do sentido pejorativo, que trazia dos

antigos, de corrupção do governo de todos. Ademais, como afirmou SARTORI

> "democracia era ainda uma hipótese intelectual edificada com base em reminiscências gregas de biblioteca. Tal era a democracia de Rousseau e assim ficou para os que nela se inspiraram". [109]

Em sua viagem à América anglo-saxônica, TOCQUEVILLE vai descobrir uma experiência concreta de democracia que a Europa não conhecia. Enraizada na sociedade, no *self-government* e na ausência de privilégios e distinções, a democracia americana cativa-o pela conciliação entre a liberdade e a igualdade. A realidade europeia é bem outra. Até 1848, o ideal da liberdade pessoal e o da igualdade dita democrática punham-se em campos opostos do pensamento político. Com os eventos de 1848, emergiu uma nova proposta: o socialismo. Sentindo a mudança dos fatores sociais e os novos tempos, intuiu profeticamente, em discurso de 12 de setembro de 1848, na Assembleia Constituinte, que havia chegado a hora, na Europa, de unir, numa mesma proposta, a liberdade e a igualdade:

> "Democracia e socialismo estão ligados somente por uma palavra, igualdade. Mas há de se reparar a diferença: a democracia quer a igualdade na liberdade; o socialismo quer a igualdade na pobreza e na servidão."[110]

Deve-se a TOCQUEVILLE o impulso decisivo na recuperação do termo *democracia*, atribuindo-lhe um sentido positivo, de ideal da própria política. Deve-se a ele também a introdução, na teoria das formas da política, do cânone novo e autônomo dos *regimes de governo*, cuja consolidação na ciência política teria de esperar o século XX e a denominada "guerra fria".

Ao se perguntar sobre a espécie de opressão que ameaçava a democracia e os seus povos, vaticinou:

> "Ela não terá precedentes na história. Nossos contemporâneos não poderiam encontrar uma imagem adequada em suas lembranças. Procuro, em vão, uma expressão que reproduza e enfeixe exatamente a ideia que dela formo. Os antigos termos *despotismo* e *tirania* não são apropriados. A coisa é nova: é preciso defini-la, já que não posso nomeá-la."[111]

Totalitarismo foi o termo que no século XX fixou-se para denominá-la.[112]

4.4. A contribuição de Walter Bagehot (1826-1877)

Em livro publicado em 1867 – que se tornou clássico – o inglês BAGEHOT apresentou, como tese central, pela primeira vez, uma comparação entre o modo de funcionamento do governo nos Estados Unidos e no Reino Unido, ressaltando as diferenças entre ambos.[113] Cunhou, para cada um, as expressões que guardam vigência até hoje: o *presidential system* e o *cabinet* (ou *parliamentary*) *system*. Completava-se, assim, depois de longa incubação, começada com a entrada em vigor da Constituição americana, a tipologia dos *sistemas de governo*.[114]

À época, o único exemplo plenamente reconhecido de "sistema parlamentar" era o do Reino Unido e, no máximo, o de uns poucos domínios britânicos ainda em gestação (sobre os quais BAGEHOT omite qualquer referência). E, fora os transplantes ibero-americanos, o sistema presidencialista só existia, mesmo, nos Estados Unidos. Na introdução à segunda edição de seu clássico (1872), BAGEHOT enfatiza a importância de sua descoberta, sustentando que, quanto aos sistemas de governo, era entre esses dois a opção que tinham diante de si os países mais evoluídos (*first rate nations*) – ou seja, aqueles capazes de praticar instituições livres (*government by discussion*).[115]

Até fins do século XIX, à medida que o sistema parlamentar se desenvolve pela expansão das competências do gabinete (a parte *eficiente* do sistema), a chefia de Estado (a parte *dignificada* do sistema) vai se tornando progressivamente um poder arbitral e de *auctoritas*, cultivando a simbologia ou a cerimonialidade do poder, ganhando o regime, em seu conjunto – se monarquia – um ar de *república disfarçada* ("*disguised republic*").[116]

Na introdução citada, BAGEHOT se alegrava ao ver confirmada, pelos fatos, sua convicção anterior de que o sistema parlamentar era compatível com a república. Saudava, assim, o fim da era de Napoleão III e a introdução do *parlamentarismo* na França, ocorrida em 1871.[117]

Em 1958, uma tendência nova, iniciada na França, arma o chefe de Estado de atribuições visíveis (a) em política externa, (b) na condução das Forças Armadas e (c) em certas áreas estratégicas da política nacional, no sentido mais estrito do termo.[118] Os *sistemas de governo* ganham renovado interesse no debate político e na ciência do Estado. Desloca-se a um

segundo plano o tema das *formas de governo* (monarquia e república). Estas ficaram crescentemente reduzidas à diferença técnica de designação do chefe de Estado (vitaliciedade e hereditariedade, na primeira; temporariedade e eletividade, na segunda).

4.5. Balanço da teorização liberal

Na centúria que se estende da Revolução Americana até o último quartel do século XIX, o pensamento ocidental avançou, como nunca anteriormente, no desenho das formas da organização política. Na verdade, a teoria nada mais fez do que acompanhar a velocidade crescente da evolução da realidade política.

O termo '*república*', com o sentido de chefia de Estado temporária e eletiva, consolidou-se, desde logo, como forma de governo contraposta à *monarquia*.

Aprofundando a matéria, BAGEHOT, em 1867, dava contornos clássicos ao contraste entre "*sistema presidencial*" e "*sistema de gabinete*", estremando a organização do governo nos Estados Unidos daquela em vigor no Reino Unido e, depois na França, em análise válida até a Segunda Guerra Mundial.

Por sua vez *federação*, como forma de Estado oponível a Estado unitário, vem resistindo na terminologia constitucional desde a independência americana, tendo produzido um conjunto de textos importantíssimos para o direito.[119]

Enfim, TOCQUEVILLE[120] descobre no Novo Continente o uso do termo *democracia* para indicar um contexto sociopolítico bem diferente do vigente na Europa, mas distinto também do conceito clássico imperante entre os gregos. Democracia na América, eis tudo, é o regime das liberdades civis e do autogoverno, que brotam naturalmente de uma sociedade marcada pela igualdade social e pela anterioridade das comunidades locais diante do poder. Essa visão de democracia acompanha a ascensão dos norte-americanos à cena internacional, como potência de primeira grandeza, consolidada a vitória dos Aliados sobre os totalitarismos nazista e fascista em 1945. *Totalitarismo* é o termo que vai se firmar para indicar o regime antitético à democracia.

No período que neste ponto sumariamos, quatro grandes aspectos ou

ângulos das formas da política vão se definindo. Cada um deles vai ganhando autonomia, desenhando um perfil próprio, com crescente rigor técnico. A terminologia aplicada às pelo menos oito principais espécies vai paulatinamente se consolidando. A importância da doutrina neste período foi decisiva para definir irreversivelmente os rumos da teoria atual dos regimes políticos *lato sensu*.

5. Regimes nos séculos *Xix* e *Xx*: caráter atual

5.1. Dos fins do século XIX à Segunda Grande Guerra

A cadeira de direito constitucional foi fundada na Faculdade de Paris, em 1834.[121] Mas os estudos de direito público somente ganham vulto na Europa na segunda metade do século. As formas políticas, tema prioritário, passam a contar com o auxílio de outras ciências sociais, mormente da nascente sociologia.

Uma nova linha filosófica chegava à área jurídica, máxime ao direito público: o positivismo. O pluralismo crescente dos novos tempos, porém, não permite mais que um nome só seja capaz de epitomar o espírito vigente. Continuam, entretanto, a brilhar luzeiros que guiam a trajetória evolutiva do pensamento na matéria.

Na França, ESMEIN (1848-1913), em obra atualizada e reeditada *post-mortem*, classificou as *formas de Estado* ("o modo como se constitui a soberania interna") em dois grupos: (1º) quanto ao âmbito territorial da soberania, Estados unitários e federais; e (2º) quanto à titularidade da soberania, monarquia e república (subdividida esta em aristocrática ou democrática), às quais adicionava formas mistas. As *formas de governo* (o modo como atua a soberania), ele distribuía em três grupos: (1º) quanto ao fundamento (governos legais e governos arbitrários); (2º) quanto ao exercício (governos diretos e governos representativos); e (3º) quanto ao procedimento funcional (governos de gabinete e governos presidenciais).[122]

Dois outros nomes dessa geração notável de publicistas interessam-se pelo tema: Maurice HAURIOU[123] (1856-1929) e Leon DUGUIT[124] (1859-

1928). O primeiro classificou as formas de Estado em Estados simples e Estados compostos, subdividindo estes últimos em uniões de Estados e Estados federais. Já as formas de governo importariam a distinção: (a) quanto à organização das funções e poderes, governo presidencial e governo de gabinete; e (b) quanto à organização da chefia de Estado, tema cada vez menos importante, ao qual devotava pouca atenção, a monarquia e a república. DUGUIT reconheceu as formas unitárias e federais de Estado. Tratou da monarquia e da república como formas de organizar a chefia de Estado.[125] E, enfim, identificou dois sistemas ou "regimes" de governo: o governo presidencial e o regime parlamentar.[126]

Na Alemanha, JELLINEK (1851-1911), convencido de que a morfologia em um Estado equivalia à morfologia da Constituição (sendo, pois, uma questão de direito), busca e encontra um critério classificatório jurídico e vazio de valores: o *modo ou procedimento de formação da vontade do Estado*. Assim: (I) na *monarquia*, a "vontade do Estado" se forma pela vontade psicológico-natural de uma pessoa física, a do monarca; e (II) na *república*, a "vontade do Estado" se forma pelo querer de um *collegium* (uma pluralidade de pessoas físicas), por via de procedimentos jurídicos constitucionalmente determinados.[127] Mas JELLINEK vai mais longe: ainda que hereditária e vitalícia a chefia de Estado, se fosse possível mudar a Constituição independentemente da vontade de quem exerce a função, a forma não seria mais monárquica.[128] Ademais, o autor subclassificava as monarquias em eletivas ou hereditárias, limitadas ou ilimitadas; e as repúblicas, por um ângulo sociológico, em corporativas, oligocráticas, aristocráticas e democráticas.[129] Já a classificação dos Estados, em *unitários* e *compostos*, é tratada por JELLINEK em dois outros capítulos: os primeiros, sob a rubrica de *estrutura do Estado*; os demais, sob o título de *uniões de Estados*.[130]

O clássico Max WEBER (1864-1920), transcendendo sua época, introduziu na teoria dos regimes políticos o conceito sociológico de legitimidade. A falta desta – a ilegitimidade – corrói a base fática e, pois, a sobrevivência de qualquer ordem.

Sua pergunta central era esta: *quais "fatores sociológicos" levam o povo, a sociedade, a obedecer espontaneamente (daí a ideia de legitimidade) ao poder vigente?* Ele propõe três fatores sociais da obediência espontânea:[131] (1) o peso dos hábitos estabelecidos, a "tradição", com sua gigantesca força

inercial sobre pessoas e grupos, disso resultando a *autoridade ou legitimidade tradicional*; (2) dons psíquicos insondáveis e misteriosos, que a razão não é capaz de entender, possuídos pelo líder ou órgão à testa do poder, e que seduzem as profundezas misteriosas do inconsciente individual e coletivo, deles resultando a *autoridade ou legitimidade carismática*; (3) um mecanismo – o único realmente *racional* – assim explicável: a sociedade institui, pelo direito, as regras básicas mediante as quais o poder deve ser adquirido e exercido; ora, aqueles que detêm e exercem o poder são obedecidos, pela sociedade, porque adquiriram e exercem o poder em conformidade com as regras previamente estabelecidas, para tanto, pela própria sociedade. É por essa razão sociológica que a terceira espécie *de autoridade é denominada de legal*. Essa "legalidade", portanto, antes de ser legislativa ou formal, é sociológica.

Essa legitimidade legal apresenta uma dificuldade. Se o governante (aquele que toma as decisões políticas) for também o mesmo agente que interpreta e aplica oficialmente as regras sociais institutivas do poder, a legalidade perderá toda a sua força limitadora. É que o governante poderá manipular, a favor do arbítrio, as regras estabelecidas exatamente para contê-lo. Por isso, a *legitimidade racional legal* requer necessariamente uma separação de funções: o corpo *burocrático* que interpreta e executa as regras fundantes do poder tem de ser separado e autônomo do governante – além de possuir uma cultura de equilíbrio – justo para assegurar a racionalidade, a isenção e a eficácia das regras limitadoras. Por isso a *autoridade racional legal* verdadeira é aquela que possui uma administração *burocrática* autônoma diante do poder governativo e do poder legislativo. Está presente em WEBER a ideia – triunfante na segunda metade do século XX – da necessidade de separar os assuntos de governo dos assuntos de Estado e de administração.

WEBER recoloca, em termos originais, os três principais sistemas de governo legítimo que enxerga no século XX, por ele denominados: (a) o *governo constitucional*; (b) o *governo representativo-plebiscitário*; e (c) o *governo representativo puro*.[132] No primeiro, há uma separação entre Estado (rei ou presidente, com atribuições arbitrais) e governo (expressando a maioria partidária no órgão parlamentar), tendo como padrão o sistema parlamentarista inglês. No segundo, tem-se uma presidência plebiscitária, com atribuições eletivo-governativas, e um congresso eletivo, para representação dos povos dos Estados, exercendo basicamente função

legiferante: é o tipo político norte-americano. O terceiro, corporificado no modelo suíço, conforma um governo de assembleia, em que as autoridades executivas – sem independência clara do legislativo – são indicadas pelo corpo dos representantes.

Outro importante autor foi Adolfo POSADA (1860-1944).[133] Reclassifica, na metade dos anos 1930, as "Formas Políticas" em dois grupos: (I) as "formas de Estado", com duas espécies: (a) a organização territorial do Estado (comportando Estados unitários e Estados federais); e (b) a essência fundamental do Estado (comportando, então, regimes constitucionais, de um lado, e regimes totalitários, antidialéticos e autoritários, de outro); e (II) as "formas de governo", com duas espécies: (a) quanto ao chefe de Estado, a monarquia e a república; e (b) quanto à organização do poder executivo, o regime parlamentar e o não parlamentar.[134]

KELSEN (1881-1973), em sua longa e produtiva vida intelectual, procurou, desde a primeira obra,[135] guardar prudente distância de JELLINEK. Na edição espanhola da *Teoria General del Estado*,[136] KELSEN redigira um capítulo novo (§ 50), adicionando às autocracias uma nova espécie: as *ditaduras de partido* (bolchevismo, fascismo e nacional-socialismo), que se espalhavam nesse período de entreguerras, na Europa. KELSEN também incluiu, como *formas de organização* do Estado, em capítulo à parte, o Estado unitário e o Estado federal, na esteira do que fizera JELLINEK. A despeito de seu propalado positivismo, ao colocar, no coração das formas políticas, a dicotomia democracia/autocracia; ao erigir a liberdade, ainda que só a política, como o critério distintivo dessas formas; e ao atribuir à segunda um caráter de *forma má*, KELSEN, embora sem assumi-la, está aceitando, aí, implicitamente, uma clivagem valorativa.

Em 1944, KELSEN reordenou seu pensamento sobre as *formas de governo e de Estado*, agrupando-as, em linhas gerais, como segue: (I) "forma de criação da ordem jurídica": democracias e autocracias; (II) formas de governo ou de Estado: monarquias (absoluta ou constitucional); e repúblicas (presidencial ou com governo de gabinete); (III) formas de organização: Estados unitários e Estados Federais.[137]

O período compreendido entre as duas grandes guerras mundiais trouxe grandes mudanças para a humanidade. Caíram os impérios tradicionais da Europa central e oriental e a democracia encontrou dificuldades de

institucionalizar-se. Emergiram regimes hoje denominados de *totalitários* e *autoritários*. O positivismo jurídico não tinha mais respostas aos novos desafios. Tudo isso começava a forçar uma abertura aos "valores", na filosofia, na política e no direito, que irá frutificar no direito constitucional somente no segundo pós-guerra.[138]

5.2. Tendências novas do segundo pós-guerra

Depois de 1945, acentuaram-se determinadas tendências que já o período do entreguerras prenunciava.

A primeira – e mais importante de todas – foi a universalização dos princípios democráticos (quanto ao fundamento, ao funcionamento e à finalidade do poder).[139] O pós-guerra reafirmou e exaltou a doutrina, de raízes medievais, de que o poder vem da comunidade, por meio de instituições adequadas. Os valores da liberdade e da dignidade humana, reforçados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, estigmatizaram os regimes autoritários e totalitários.[140]

Com isso – segunda tendência – a preocupação de grande número de autores voltou-se à investigação da essência do regime democrático, especialmente para a determinação do que é o povo, e de quem está autorizado a falar ou agir, politicamente, em nome dele.[141] Uma raça? Uma classe? Um conjunto de categorias sociais? Estamentos burocráticos? Uma maioria étnica ou religiosa? E por que procedimentos? Representação, imputação, presunção? A tendência firmou-se no sentido de reservar o termo *democracia* ao *regime* que define, como povo, o conjunto dos cidadãos, noção-chave já presente em Aristóteles.[142]

Uma terceira tendência atual reside no interesse cada vez maior pelas técnicas e pelas instituições políticas indispensáveis para assegurar funcionalidade à democracia política. Esse interesse pelos arranjos institucionais adequados aos fins e ao processo democrático veio substituir o surrado debate que, durante séculos, contrapôs republicanos a monarquistas.[143]

Uma quarta tendência tem sido a revalorização dos sistemas eleitorais e partidários. Essa nova variável vem abrindo espaços para modelos mistos que se refletem sobre a própria configuração e operação das formas

políticas.[144]

Por fim, é obrigatório lembrar a tendência da *political science*, a partir dos anos 1960, de construir modelos de análise política, a partir da categoria *sistema*.[145] Trata-se de novidade originária da cultura anglo-saxônica. Nela, o Estado, enquanto instituição de poder, não tem a importância central que alcança nas culturas continentais, tradicionalmente bem mais publicizadas. Os Estados Unidos, em especial, são uma sociedade política de baixo para cima, radicada em comunidades locais que se autogovernam. Com isso, as formas políticas parecem subsumir-se no "sistema social" como um todo. A análise sistêmica – valiosíssima na descrição da dinâmica da vida política – padece, porém, de limitações invencíveis para compreender a essência da realidade política e, pois, de sua morfologia.[146]

5.3. A decisiva contribuição de Karl Loewenstein (1891-1973)

A mais instigante contribuição contemporânea sobre regimes políticos veio de LOE-WENSTEIN,[147] intelectual que reunia – à formação europeia em direito constitucional – uma longa vivência de ciência política norte-americana. O primeiro terço de sua *Teoria da Constituição* é uma teoria geral dos regimes políticos.[148] Ele define "regime político"[149] como (I) uma realidade social estatal, (II) vertebrada por um conjunto de "*instituições*" pelas quais o poder político[150] se expressa e atua, e (III) às quais se articula uma "*ideologia*" (no sentido de *telos*, espírito, substrato cristalizado de crenças e valores éticos e sociais, geralmente aceitos).[151]

A genialidade de LOEWENSTEIN foi ter absorvido, talvez sem se ter dado conta, as esquecidas distinções aristotélicas sobre os níveis do exercício da razão prática. LOEWENSTEIN captou os três níveis da liderança política, como momentos do exercício unitário, consciente e consequente do poder político. São eles: (a) *o nível dos fins últimos*, a partir da *contemplação* e da *percepção* em abstrato, do núcleo dos valores da comunidade, que se operacionaliza no *controle* dos atos emanados dos níveis mais concretos, que lhe sejam trazidos; (b) *o nível dos fins intermediários* – nível da deliberação e posterior *determinação* – que traduz os fins últimos em meios, medidas, ou *policies*, definíveis mediante

decisões políticas, que refletem os pontos de vista ideológicos prevalecentes; e (c) *o nível da execução* – pela administração e pelo poder judiciário – das decisões políticas tomadas, na maior parte delas, por leis e atos normativos, em que há sempre espaço razoável para ajustamento às peculiaridades da realidade, pela técnica da equidade.

Aí está a divisão das tarefas políticas que LOEWENSTEIN enxergou: (a) *policy control*; (b) *policy determination*; e (c) *policy execution*. Dessa premissa ele traz uma contribuição genial à teoria dos regimes. Deixemo-lo falar:

> "Só se poderá obter uma útil classificação dos Estados, se fizermos um estudo comparado de suas estruturas reais de poder. (...) Sugere-se um novo enfoque para estabelecer o necessário critério de classificação. Este critério radica-se no modo ('maneira e forma') de ser exercido e controlado o 'poder político' em um dado Estado. Se houver separação ('distribuição') entre o exercício e o controle do poder, teremos constitucionalismo. Se houver cumulação ('concentração'), no mesmo órgão, entre o exercício e o controle (o que tornará o órgão que exerce o poder livre de qualquer controle) teremos autocracia. A utilidade deste critério jaz no fato de que todas as formas de governo, tanto do passado como do presente, podem ser catalogadas em ambas as categorias, ou seja, ou constitucionalismo ou autocracia. Provaremos que a distinção entre o constitucionalismo, como sistema de separação ('distribuição') do exercício do poder, e a autocracia, como sistema de concentração do exercício do poder, constitui o critério-chave pelo qual qualquer regime político pode ser classificado na categoria que lhe corresponda."[152] (Tradução do autor)

Regime constitucional é aquele que distingue institucionalmente os níveis com órgãos separados. Em princípio, poderíamos traçar diretrizes bem gerais: I – órgãos de nível executório de decisões juspolíticas (a administração e o judiciário comum) não devem cumular funções de tomada de decisões juspolíticas, menos ainda as de controlar os valores superiores ínsitos nas decisões tomadas; II – orgãos de nível determinador das decisões juspolíticas (o governo e o Parlamento) não têm como ser controladores da constitucionalidade de políticas públicas e da legislação, nem executores das determinações; III – enfim, órgãos de controle juspolítico (órgãos nacionais de Estado e Tribunal Constitucional) não

devem cumular funções de tomada de decisões, nem de execução das decisões juspolíticas.

O *regime constitucional* admite concreção por meio de, pelo menos, seis formas de governo, conforme os arranjos jurídico-institucionais próprios que venham a adotar: (1) democracia direta; (2) governo de assembleia; (3) governo parlamentar; (4) governo de gabinete; (5) presidencialismo; e (6) governo diretorial.[153]

LOEWENSTEIN subdividiu as *autocracias* em dois subgrupos: o dos regimes *totalitários* (nos quais inseriu o fascismo na Itália, o nazismo na Alemanha e os regimes comunistas); e o dos regimes *autoritários* (entre os quais incluiu, além de regimes históricos como o *ancién régime* e os napoleônicos, todos aqueles de ascendência militar, no século XX).[154] O aspecto mais relevante para distinguir os dois subgrupos está na ideologia: total e oficial, no primeiro; parcial e inarticulada, no segundo. Aqui se poderia falar de "configurações intermediárias" entre os dois subgrupos. Caberiam esses tipos mistos entre regimes constitucionais e regimes autocráticos? LOEWENSTEIN, sem mais detalhes, parece admitir:

> "Importa, porém, fazer uma importante reserva: dado que a evolução política não é um processo mecânico: existem tipos com características institucionais tomadas de ambos os sistemas".[155]

5.4. A contribuição de Georges Burdeau (1905-1988)

Na França, nenhum autor destacou tanto o tema dos regimes políticos quanto BURDEAU.[156] No país, não há consenso na terminologia técnica empregada, salvo no que tange às chamadas *formas de Estado* ou *formes d'États*.

Estas consistem nos modos de organização territorial do poder estatal. Reproduzindo as palavras do mestre, existem Estados unitários ("Estados incorporando um Poder e uma ideia de direito únicos") e o federalismo ("Estados que englobam uma associação de poderes e uma pluralidade de ideias de direito").[157]

O termo *regimes políticos*[158] em si tem larga aceitação na França. Mas o

seu conceito não se confunde com o de morfologia política. Regime vem a ser, segundo BURDEAU, a "encarnação de uma filosofia social".[159] Ou, numa fórmula sintética, fiel a seu pensamento, mas sem preocupação com a literalidade: a resposta integrada, dada (no plano da filosofia social ínsita na ideia de direito informadora da organização de um Estado) ao tríplice problema do fundamento (origem), do funcionamento e dos fins do poder político.[160]

Já *formas governamentais* (formas de governo) seriam os diversos modos técnicos concretos de organizar as instituições constitucionais, para "exteriorizar", "pôr em prática" ou "traduzir em ato" um regime político.[161]

BURDEAU classificou os *regimes políticos* em dois grupos: os autoritários e os democráticos. E subdivide os últimos em três espécies: a democracia *governada* (correspondendo basicamente ao modelo de tradição liberal); a democracia *governante* (no qual incluía as "democracias populares" de inspiração marxista); e – acrescentou posteriormente – a democracia *de consentimento* ("*consentante*"), ou seja, a democracia da era das massas, de baixa participação política e de descrédito no valor das ideologias. Como se vê, BURDEAU distanciava-se, aqui, de Raymond ARON[162] e de tantos outros, que contrapunham democracia e totalitarismo.[163]

Enfim, no respeitante às *formas governamentais*, BURDEAU aponta duas espécies básicas: (I) *governos monocráticos*, de poder concentrado em um só órgão, sem admitir oposição, subdivididos em (a) *monocracias autoritárias* (ou de domínio de um chefe não eleito); e (b) *monocracias populares* (ou de partido único, com eleições meramente formais); e (II) *governos deliberativos*, de poder aberto, admitindo competição e possibilidade efetiva de alternância, subdivididos em (a) *governos unitários* (parlamentar britânico, presidencial americano e diretorial suíço, que levam à formação de uma autoridade homogênea); e (b) *governos mistos* (de forças políticas divididas, dependentes de coalizão para a governabilidade).[164]

5.5. Contribuições italiana e ibérica

Na Itália, é consenso antigo distinguir formas de Estado e formas de

governo. *Formas de Estado (FE)* concernem ao "modo como o Estado se estrutura em sua totalidade e, em particular, a maneira como se relacionam os seus elementos constitutivos".[165] Os elementos essenciais do Estado a que se referem os italianos são o povo, o território e o "governo". *Formas de governo (FG)*, por sua vez, dizem respeito ao "modo como se distribuem e se organizam as diversas funções do Estado entre os órgãos constitucionais".[166] Podem também ser distinguidas entre si como relações políticas que se estabelecem em duas direções: "uma (FE), vertical, entre a autoridade governamental e os cidadãos; a outra (FG), horizontal, entre as distintas instituições que constituem a autoridade governante."[167]

As *FORMAS DE ESTADO* se dividem em dois subgrupos: (I) quanto à organização territorial do poder do Estado (Estados unitários, federais, regionais etc.); e (II) quanto à organização das relações entre governantes e governados, abarcando tanto uma classificação histórica (p. ex., Estado absoluto, "Estado de política" e Estado de direito) como uma classificação dos regimes atuais (Estado democrático ocidental, Estado autoritário e Estado totalitário ou socialista).[168]

As *FORMAS DE GOVERNO* são especificações das Formas de Estado, portanto, logicamente subordinadas a elas.[169] BISCARETTI acrescenta: (I) *A forma de Estado democrática ocidental* teria três "formas de governo": (a) a constitucional *pura*, seja monárquica (hoje inexistente), seja republicana presidencial; (b) a constitucional *parlamentarista*; e (c) a constitucional diretorial; ainda (II) *A forma de Estado autoritária*, que, por seu turno, teve na Europa três distintas "formas de governo": (a) a fascista italiana; (b) a nazista alemã; e (c) a corporativista ibérica; e enfim, (III) *A forma de Estado totalitária (socialista)* registrou pelo menos outras três "formas de governo": (a) o modelo soviético e da Europa oriental; (b) o modelo iugoslavo; e (c) o modelo chinês.[170]

Os autores italianos não abrem uma categoria especial para colocar a contraposição atual entre monarquia-república, que todos reconhecem dizer respeito apenas ao modo de preenchimento da chefia de Estado. Ambas tendem a ser classificadas nas ditas formas de governo. Novidade interessante é apresentada por BALDASSARRE e MEZZANOTTE:[171] eles estão distinguindo, quanto às formas de governo dos Estados ocidentais, duas questões: (a) a das relações decorrentes da repartição, entre os órgãos constitucionais, das "funções governamentais em sentido estrito" (*l'attività*

di indirizzo politico), e aí teríamos presidencialismo, parlamentarismo e "diretorialismo"; (b) e a das novas relações que decorrem da passagem da tripartição tradicional dos poderes a modos mais complexos de *pluralismo institucional*, cumulados com o impacto dos sistemas de partidos.

O mundo ibérico tem uma longa tradição no estudo das formas políticas. Em Portugal, cumpre destacar a originalidade de JORGE MIRANDA em tratar da questão no contexto de uma classificação universal dos *Sistemas e famílias constitucionais*.[172] Na Espanha, nas últimas quatro décadas, uma geração de comparatistas tem se dedicado à matéria, entre os quais se destacam JIMENEZ DE PARGA, SANCHEZ AGESTA e FERRANDO BADÍA.[173]

Particularmente importante é a contribuição de VERDÚ. Este define a *"morfologia política"* como *"a configuração normativa e institucional da organização e do exercício do poder político, segundo uma interpretação ideológica, em uma estrutura estatal."*[174]

Para VERDÚ a morfologia política pode ser visualizada segundo algumas "particularidades", que permitem classificá-la em quatro aspectos:

a) as *formas de Estado*, ou o modo como se relacionam os três elementos do Estado – poder, território e povo – dando lugar a Estados unitários (centralizados, descentralizados e regionais); e a Estados compostos (união real, união pessoal, Estado federal e confederação de Estados);

b) as *formas de governo*, ou o modo como se organiza e se exerce o órgão de unidade do Estado:[175] hereditária e vitalícia (na monarquia); ou eletiva e temporariamente (na república);

c) os *sistemas de governo*, ou o modo como se articulam (no plano normativo-institucional) os três poderes estatais, legislativo, executivo e judicial e, particularmente, os dois primeiros, por meio de controles e responsabilidades constitucionais recíprocos, quanto ao processo de orientação política (sistemas parlamentar, presidencialista e diretorial ou convencional); e

d) os *regimes de governo*, ou o modo como se comunicam as ideologias ao Estado e à sociedade, condicionando a concepção de ambos. E – acrescentar-se-ia – no tocante (1) aos fins do Estado, (2) aos seus fundamentos e (3) aos princípios de funcionamento do poder.[176]

Esses quatro aspectos[177] dos regimes políticos *lato sensu* conectam-se

entre si, em progressão que, para VERDÚ, avançam das formas de Estado para os regimes de governo.

6. Regimes políticos: seus cânones

6.1. Substratos fáticos da ordem juspolítica fundamental

O estudo da morfologia política, apesar das dificuldades terminológicas e conceituais,[178] não para de avançar. A tarefa do estudioso, nesse campo, é descer ao substrato fático da realidade política, onde pulsam as grandes *necessidades de ordenação* da unidade do convívio, e procurar identificá-las. É, também, esforçar-se para compreender os meios institucionais que a civilização vem produzindo e aprimorando, para atendê-las. É, afinal, avaliar as múltiplas opções que se abrem ao processo de fundar, constituir e aprimorar a ordem juspolítica fundamental concreta, na busca de resultados mais eficientes e mais justos.

Em suma, a morfologia política, ou seja, a causa formal ou essência do Estado concerne ao atendimento das necessidades institucionais mínimas para que a ordem juspolítica possa se estabelecer e subsistir.

Essas necessidades, "existenciais" ou "fundamentais" à ordem juspolítica, são, em princípio, as seguintes: (1ª) organizar o poder enquanto polo da ordem constituída, tendo em vista *a existência de outro polo*, o da comunidade política, em situação dialética que exige a definição das relações recíprocas entre ambos, como limites, direitos e prerrogativas; (2ª) organizar o poder, tendo em vista a *distribuição territorial do poder* na unidade política; (3ª) organizar o poder, tendo em vista a *estrutura orgânica* de seus agentes; (4ª) organizar o poder, tendo em vista a *forma de designação de quem exerce a função de representar a unidade* da ordem e os seus valores mais elevados; e (5ª) organizar o poder, tendo em vista o modo de *operação e de exercício do governo* (a começar pela definição das políticas públicas, diante da diversidade de opiniões existentes na comunidade).

É a partir dessas necessidades fundamentais da ordem juspolítica que se podem firmar os cânones ou critérios classificatórios dos regimes políticos.

6.2. Cânones fundamentais de Burgess

O primeiro a identificar cânones ou critérios fundamentais de uma ordem juspolítica foi J. W. BURGESS (1844-1931). Ele abre o volume II da *Ciência Política e Direito Constitucional Comparado*, de 1891, com o seguinte esclarecimento:[179]

> "Em meu livro sobre o Estado, quis mostrar que a noção de formas de Estado é falha e que a terminologia corrente expressa uma concepção quase inútil, por confundir os conceitos de Estado e de governo. A mesma crítica deve ser feita à noção de formas de governo. A ausência de uma clara e correta distinção entre Estado e governo é tão fatal a este como àquele. Em função da lacuna da literatura na matéria, sou obrigado a – mais ainda que na primeira crítica – abrir um caminho novo. Sou obrigado também a criar uma nova terminologia nessa matéria (formas de governo), que pode parecer um tanto desajeitada, mas que espero tornar clara."

Eis os cânones que BURGESS, então, cuidadosamente apresentou:

Cânone I: As relações entre o *corpo político*, que funda o poder (*the state*), e o *poder institucionalizado*, que governa (*the government*). Quando os dois se fundem, mesmo na democracia, tem-se um regime imediato (*imediate government*), conceito próximo do que hoje chamamos de *totalitarismo*. Neste faz-se impossível o controle político. Quando, porém, se distinguem, tem-se regime representativo (*representative government*), com o respeito recíproco às esferas de cada qual, guardada a precedência do primeiro sobre o segundo. À época, não se falava de *totalitarismo,* nem de "democracia ocidental". Entretanto, esse cânone coaduna-se com a categoria que, na cultura jurídica ibérica atual, conhece-se por *regimes de governo*, com suas três espécies: regimes totalitários, autoritários e democráticos.

Cânone II/A: A equação territorial do poder. Se o poder for centralizado, no território, tem-se governos "centralizados" ou "unitários" (*centralized*); se for descentralizado, governos "duais" (*dual*), o mais conspícuo, o Estado federal. O cânone corresponde à categoria que, em todo canto, é apresentada como *forma de Estado*, com suas duas subespécies básicas: Estados federais e Estados unitários.

Cânone II/B: Concentração ou especialização das funções políticas. Nos (a) "governos concentrados" (*consolidated*), "o *Estado concentra todas as funções* políticas em um só poder político, em um único órgão"; nos (b) "governos coordenados" (*co-ordinated*), *"o Estado distribui os poderes de acordo com a natureza de cada qual*, entre corpos ou departamentes separados, todos criados na Constituição e, portanto, cada qual igualmente independente, mas coordenados entre si". Os poderes políticos, por este cânone, não se limitam necessariamente a três: podem ser em maior número. Poderíamos denominar esse terceiro cânone *sistema de poderes*, estendendo-se da concentração de poderes a uma tetra, penta ou até maior partição dos órgãos constitucionais.

Cânone III: Os modos de designação de chefe de Estado. Podem ser, pelo menos, hereditária (a monarquia) ou eletiva (a república).

Cânone IV: Um quinto e último refere-se às relações entre os órgãos do "legislativo" e do "executivo" (na verdade, à organização funcional do poder): aqui a contraposição clássica é entre "governos presidenciais e governos parlamentares", mas que poderia ser enriquecida de outras alternativas.

6.3. Critérios classificatórios de Racioppi

Em 1898, Francesco RACIOPPI (1844-1931) apresenta também *"cinco critérios de classificação"* das formas políticas, considerando:[180]

Critério 1º: As relações entre o órgão que detém a soberania (o rei, a aristocracia ou o povo) e o órgão que exerce a ação de governo, no sentido mais amplo. Se os mesmos órgãos cumulam titularidade da soberania e exercício da ação governamental, os regimes são *absolutos*. Porém, se órgãos distintos operam nesses dois campos, os regimes são *constitucionais*. É o Cânone I de BURGESS.

Critério 2º: A distribuição das funções juspolíticas quanto ao *território do Estado*. Ou a forma do Estado é unitária (só há um nível territorial de competências), ou é composta (distribuição de poderes em duas ou mais esferas de competência).

Critério 3º: A distribuição das funções juspolíticas quanto aos *arranjos institucionais do poder*. Ou um sistema de poderes é concentrado numa assembleia, ou vai sendo dividido entre dois, três ou mais órgãos, chamados

poderes políticos.

Critério 4º: O provimento da chefia de Estado e o termo de exercício da função. Ou o titular é hereditário e vitalício (forma de governo monárquica), ou ele é eletivo e temporário (forma de governo republicana).

Critério 5º: As relações entre os órgãos do "legislativo" (o Parlamento) e do "executivo" (o órgão exercente da função de governo em sentido estrito). As formas de organizar o "sistema de governo" são variadíssimas. A contraposição clássica se dá em torno dos seguintes termos: "governos presidenciais" e "governos parlamentaristas". No primeiro, o ministério, além de separado organicamente da chefia de Estado, responde politicamente por seus atos políticos perante a Câmara dos representantes da opinião nacional. O segundo é unipessoal e irresponsável.

Como se vê, RACIOPPI sugere, com suas peculiaridades de linguagem e de ordenação, um paralelismo com os cânones estabelecidos por BURGESS. O italiano apenas separou cabalmente os cânones II A e II B do norte-americano, em cânones apresentados de forma autônoma, o que foi uma melhora. No Critério 1º, porém, a dicotomia governos *absolutos*/governos *constitucionais* do italiano esconde um pouco o elemento de identidade orgânica, que ficou mais bem ressaltado na proposta do americano (governos *concentrados*/governos *coordenados*).

6.4. Terminologia e tradição cultural

Além de evoluir no tempo, acompanhando as mudanças sociais, os termos atribuídos aos diversos aspectos da morfologia política variam no espaço, de país a país, no contexto das culturas em que estão inseridos.

Salvo quanto à organização territorial do poder (em que a expressão universalmente utilizada sempre foi e continua sendo *formas de Estado*), impera, de resto, flagrante disparidade de linguagem.

Tome-se o primeiro entre todos os cânones – o das relações entre a comunidade e o poder: (a) franceses, espanhóis e brasileiros, como já se viu, denominam essa questão *regime político* ou *regime de governo* (no Brasil); (b) italianos e alemães[181] empregam a expressão *forma de Estado*, aliás, a mesma que usam para a divisão territorial do poder; (c) já os anglo-saxões, norte-americanos à frente, fixaram-se na expressão *sistema político*.

Quanto à organização funcional do poder de direção ou condução política

– que envolve basicamente as relações entre governo e representação das opiniões político-partidárias –, americanos, italianos e, menos regularmente, os franceses, recorrem a *formas de governo*. No entanto, os alemães, os espanhóis e, principalmente, os brasileiros optaram por *sistemas de governo*.

Mesmo no concernente ao binômio monarquia/república, aclamado, quase em uníssono, como *forma de governo,* autores do vulto de um HESSE e de um ZIPPELIUS[182], na Alemanha, ainda se aferram à expressão *forma de Estado*.

6.5. Intervenção do direito constitucional brasileiro

Mesmo dentro das fronteiras de um país, a terminologia na matéria carece de uniformidade, como mostra BARACHO.[183] No Brasil, até a Constituição de 1988, a dissensão terminológica era grande,[184] embora, na década de 1970, já se delineasse um vocabulário morfológico comum.[185]

Tem havido intervenções do direito constitucional na terminologia morfológica. Para tanto, o *locus* natural tem sido o estatuto do poder constituinte instituído (mormente os limites materiais à emenda constitucional). Assim, a Constituição Francesa determina que *"A forma republicana de governo não pode ser objeto de revisão."* Também a Constituição Italiana: *"A forma republicana não pode ser objeto de revisão constitucional"*.[186]

No Brasil, o constituinte de 1988 levou ao máximo essa intervenção, estendendo-a a quatro dos cânones da morfologia política, a saber:

a) no dispositivo das cláusulas de inabolibilidade [Cf. Art. 60, § 4º, I], consagrou *"forma federativa de Estado"*;

b) no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias — ADCT, ao envolver o eleitorado na revisão constitucional [cf. o Art. 2º], referiu-se à *"forma... de governo (monarquia ou república)"* e ao *"sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo)";*

c) no Art. 34, VII, *a*, contemplou as expressões *"forma republicana"* e *"sistema representativo"* (daí também sistemas de governo);

d) ao estabelecer cláusulas de limite à autonomia dos Estados-membros [cf. Art. 34, VII, *a*], bem assim no Art. 127 [que define o Ministério

Público], grafou *"regime democrático"*;

e) no § 2º do Art. 5º, referindo-se a direitos e garantias, portanto, a matéria central à democracia, apela para a expressão *regime tout court.*

f) enfim, no Art. 17, ao tratar dos partidos políticos, vincula-os ao *regime democrático*.

Portanto, em nosso país, a morfologia política possui os seus *nomina juris*, que, a rigor, devem ser respeitados pela doutrina como matéria de convenção chancelada pelo direito. A terminologia constitucional brasileira oficial coincide com a trabalhada por VERDÚ. É aquela geralmente acolhida no mundo ibérico.

7. Os regimes de governo

7.1. A autonomia deste cânone no século XX

Até a Segunda Guerra Mundial, máxime no espaço jurídico continental, a doutrina do Estado e do direito constitucional – inclusive no Brasil – prendia-se ao dualismo "formas de governo/formas de Estado". A democracia vinha incluída, fiel à tradição grega, entre as *formas de governo*. O termo *regime*, então, ligava-se aos arranjos da representação política, presentes na fórmula *regime representativo*.[187]

O fator mais importante para a autonomia do cânone *regime* foi a ascensão, no entreguerras do século XX, de organizações políticas novas (comunismo russo, fascismo italiano e nazismo alemão), que rejeitavam explicitamente os moldes da tradição do Ocidente quanto aos fins da política, aos direitos fundamentais da pessoa, à divisão dos poderes e ao pluralismo político-partidário. As potências ocidentais venceram – aliadas à Rússia Soviética – o fascismo e o nazismo. Itália e Alemanha reergueram-se então como democracias ocidentais. Mas uma situação de beligerância político-ideológica, aliada a uma corrida armamentista, persistiu e desenvolveu-se, até a última década do século XX, sem formal declaração de guerra, entre os regimes ocidentais, ditos democráticos, e os regimes do leste europeu, que seguiram o modelo soviético, logo adjetivados de *totalitários*.

O termo *totalitarismo* foi cunhado na Itália para atingir criticamente o

fascismo nascente.[188] Finda a guerra, o termo veio a ser assumido pela ciência política, máxime a norte-americana, para abranger, como gênero, além do fascismo e do nazismo, o regime soviético e o dos países então sujeitos à sua influência.

Já o termo *autoritarismo* e o seu conceito são construídos no final da década de 1960, para os regimes que, não reunindo todos os caracteres da democracia, também não se revestiam dos elementos essenciais de um regime totalitário.[189]

7.2. Conceito e classificação de regimes de governo

Regime de governo envolve a equação das relações entre governantes e governados. É o modo como se relacionam entre si o Estado-Órgão e a Sociedade-Comunidade, ou seja, o Estado enquanto aparelho institucionalizado de poder e a Sociedade como o conjunto dos cidadãos que formam o corpo político.[190]

O regime reúne os *princípios* axiologicamente densos, que respondem, face à pessoa e ao cidadão, os três grandes problemas da organização do Estado: (1) o de seus *fins* (causa final), (2) o de seus *fundamentos* (causa eficiente) e (3) o de seu *funcionamento* (causa instrumental da ordem política). Abrange, pois, de forma integrada, as decisões políticas mais importantes da Constituição material.[191]

Vejamos de perto esses três problemas:

1º) A *causa final*: Qual a concepção de fins do Estado que a Constituição adota? Para a democracia, fins últimos do Estado são os grandes *valores*[192] próprios de *auctoritas*, que, condensando as condições mais universais do bem comum[193], orientam e legitimam a vida política no horizonte mais largo. Fins intermediários são os que brotam da *determinação* dos valores, no aqui e no agora das situações, em leis e políticas públicas, para o bem comum atual, obra da *potestas* que decide em processo de *livre deliberação*. Fins próximos do Estado são a *execução* administrativa e judiciária de leis e de políticas, pela arte da boa aplicação (*gestionis*). O regime democrático é o ideal da vida política, conatural à dignidade humana, a seus direitos fundamentais e à consciência ética da civilização, respeitante dessas instâncias.[194]

2º) A *causa eficiente: Quem* é competente para atuar nesses níveis dos fins do Estado? A quem cabe a última palavra sobre os *líderes* que levam a sociedade a esses fins? Uma pessoa, um grupo de pessoas ou toda a sociedade? D*e quem é*, afinal, a *titularidade* do poder (soberania) para tomar as decisões políticas dessa sociedade? A quem e como se atribuem a *auctoritas*, a *potestas* e a *gestionis*? Como se relacionam a causa final e a causa eficiente da ordem política?

3º) A *causa instrumental*: Que *princípios* devem orientar os instrumentos institucionais juspolíticos na perseguição dos fins do Estado pelas instâncias do poder? A operação do poder deve ser *concentrada* ou *distribuída*? Deve ser *controlada* ou *não controlada*? Devem os mecanismos operativos ser *rígidos* ou *flexíveis*? Todas essas são questões que impendem ao regime de governo responder e que – ligadas umas às outras – influirão na determinação da espécie.

Hoje se tornou praticamente unânime a classificação dos regimes de governo em *democráticos, totalitários* e *autoritários*.

7.3. O regime democrático

Combinando os Arts. 1º e 3º da Constituição de 1988, podemos deles extrair o seguinte conceito constitucional de democracia: o *regime* de governo em que o poder político (com suas instituições), *submetendo-se ao direito* [Art. 1º, *caput*], *tem*:

(a) *como fundamento* de origem, a *soberania popular* [Art. 1º, I];

(b) *como fundamento* de exercício, a opinião majoritária de uma *cidadania universal e plural* [Art. 1º, II];

(c) *como fundamento* ontológico (de essência), a *dignidade da pessoa humana*, princípio primeiro e fim último do convívio social [Art. 1º, III]; e

(d) *como fundamento* teleológico (de fins), o bem comum, *o bem de todos* naquilo que todos temos em comum, isto é, o bem de todos *sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outra forma de discriminação* [Art. 3º, IV].

O regime democrático como se entende hoje possui duas dimensões:

(a) é uma filosofia política – uma concepção de vida sociopolítica – que afirma a prevalência da dignidade da pessoa humana e do bem comum; e

(b) é também um processo político, um conjunto ordenado de

instrumentos e de procedimentos, pelo qual a comunidade participa, seja diretamente, seja por representantes, do controle, da deliberação e da execução do bem comum.

O regime democrático é um ideal de vida política. Como ideal, o regime democrático traduz uma conjugação complexa e equilibrada entre as duas dimensões referidas, a democracia-substância e a democracia-processo.

Esse equilíbrio não é fácil. Não é um evento gratuito, nem uma fatalidade, da cultura ou da história. É, antes, o resultado de uma interação tridimensional de três ordens de fatores: (a) de pressupostos fáticos mínimos (socioeconômico-culturais), que favoreçam um eleitorado razoavelmente forte e independente; (b) de valores éticos mínimos, socialmente compartilhados, que alimentem o espírito público, o respeito ao adversário, a honestidade e a liderança; e (c) de instituições eficientes e adequadas à vida real e aos valores visados, que facilitem a boa política. Sem desmerecer os dois primeiros fatores, o êxito da democracia depende cada vez mais do terceiro, ou seja, da aptidão técnica e funcional das instituições postas pela intervenção racional da comunidade e de seus líderes. As instituições podem, em boa parte, minorar e suprir eventuais deficiências dos dois primeiros. Não o inverso!

Colocando de outra forma: na causação circular cumulativa progressiva entre fatos → valores → instituições e na causação circular regressiva entre instituições → valores → fatos, o segredo não está em saber qual dos três polos é o mais importante. Os três são igualmente essenciais ao regime político, formando um sistema visceralmente incindível e interdependente. A questão reside, isto sim, em descobrir a porta de entrada do sistema, ou seja, como a racionalidade humana pode “acessar” a intimidade do sistema tridimensional para, dentro dela, operar a inversão do sinal da causação circular de negativo (círculo vicioso) para positivo (círculo virtuoso). A toda evidência, a porta de entrada no sistema sociocultural-global só pode situar-se nos meios institucionais. Assim, é correto falar em uma prioridade instrumental das instituições políticas no aperfeiçoamento dos regimes de governo.[195]

7.4. Os regimes totalitários

O totalitarismo é fenômeno do século XX. Sua irrupção somente foi

possível devido à confluência de três fenômenos históricos:

(a) a filosofia idealista moderna de HEGEL (1770-1831)[196], assimilando o real ao racional, e pela qual o Estado "é a realidade da ideia ética", "a realidade da vontade substancial", "o racional em si e para si", "um fim por si mesmo absoluto e inamovível"[197];

(b) a erupção das massas urbanas, principalmente na passagem do século XIX para o XX, em decorrência de uma urbanização sem precedentes, que levou à perda das referências sociais, políticas e religiosas tradicionais, de largos setores da sociedade; e

(c) os meios de comunicação de massa, conjugados à tecnologia da propaganda, inventados ou aperfeiçoados no século XX, capazes de manipular as mentes, os sentimentos e as decisões das massas urbanas numa só direção.

A ciência política identificou um conjunto de características tipificadoras do regime totalitário e que nos permite singularizá-lo:

(1) Uma *ideologia total*, fechada sobre si mesma, unilateral e excludente de pluralismo, com pretensões de engendrar o ser humano novo e a sociedade ideal, aptas a instaurar, para todo o sempre, a perfeição nas realidades humanas. O regime se vê como um modelo universal a estender-se sobre toda a humanidade.

(2) O *partido único*, peça central do regime, inteiramente devotado à ideologia e que – apoiado em instrumentos de mobilização, controle e repressão – monopoliza o poder político e, por meio dele, os demais poderes sociais.

(3) O *controle central rigoroso* (a) de todos os meios de comunicação; (b) dos corpos intermediários (sindicatos, associações, famílias etc.), submetidos todos à tutela do partido único; (c) de todas as agências de formação e difusão de valores (científicos, artísticos, éticos e religiosos), opostos aos ou diferentes dos oficiais; e (d) das atividades econômicas, via estatização ou dirigismo central.

(4) A *mobilização permanente* das massas, por meio de integração compulsória nas estruturas sociais controladas ou tuteladas pelo partido único.

(5) A *subordinação da administração civil e militar* ao controle político das instâncias partidárias que tripulam o Estado.

A generalidade dos autores costuma apontar, como regimes totalitários, o

regime soviético, o regime nazista alemão e o regime fascista italiano, todos com ascensão e queda no século XX.

7.5. Os regimes autoritários

A brutal emergência dos totalitarismos levou o Ocidente a tomar plena consciência da "essência e do valor da democracia".[198] Com isso, a partir de 1945, o cânone *regimes de governo* conquistou a devida autonomia perante as "formas de Estado" e as "formas de governo" (item 7.1 *supra*). Entretanto, no correr de duas décadas, foi ficando claro que a bipolaridade evidenciada pela Guerra Fria não esgotava a realidade nessa matéria.

Até o início dos anos 1970, Espanha e Portugal não se acomodavam à dicotomia vigente, embora não regateassem eventual refúgio no escudo militar ocidental. De outro lado, a América ibérica, dividida por profundo dissenso ideológico – e incapaz de construir instituições democráticas estáveis –, derrapou inexoravelmente para intervenções militares e, daí, para governos ditatoriais, mais intensos no uso da força e mais extensos no tempo de domínio.

Nesse contexto, em 1970, o cientista político Juan LINZ, estudando a experiência espanhola do franquismo, propôs um terceiro subtipo de regime: o *regime autoritário*.[199] Cinco anos mais tarde escreveu um trabalho mais alentado, comparando os regimes totalitários com os regimes autoritários.[200]

Esse contraste pode ser sumariado em cinco pontos:

(1) A justificação racional do discurso autoritário atém-se a aspectos parciais e fragmentários dos fins do Estado, geralmente ligados aos fatores da ascensão do regime, como "nacionalismo", "patriotismo", "moralidade pública", "desenvolvimento", "segurança nacional", de conteúdo vago e impossível de ser exportado fora do contexto no qual surgiu. Isso contrasta com a ideologia onímoda e salvacionista do totalitarismo.

(2) A sustentação do poder autoritário não depende necessariamente de um partido único, centralizado e disciplinado, como no totalitarismo, mas de uma coalizão de interesses e de percepções que sensibilizam, ainda que por tempo limitado, apoio e forças estratégicas da própria sociedade.

(3) O regime autoritário, ao contrário do totalitarismo, admite espaços de

pluralismo político e social, ainda que limitado. Entretanto, mostra-se intransigente quanto a tudo que, direta ou indiretamente, ameace o controle político da pessoa ou do grupo que detém o poder.

(4) O autoritarismo é geralmente desmobilizador da participação das massas, salvo em casos excepcionais e transitórios. Já o regime totalitário necessita de uma incessante mobilização.

(5) O líder ou a elite dirigente do autoritarismo apoia-se na tecnoburocracia civil e militar estatal existente, a qual, por essa razão, adquire no regime uma posição estratégica decisiva. O totalitarismo sempre monta, paralelamente à burocracia técnica, um aparelho partidário controlador.

8. As formas de Estado

8.1. A dificuldade da questão

Forma de Estado é o modo como se distribui o poder político instituído em um território determinado.[201] Trata-se, na realidade concreta, da questão mais espinhosa do direito público, seja por envolver a primeira necessidade da ordem política – a construção da *unidade* do poder soberano nos espaços sociais de convivência – seja pelas complicações adicionais que acompanham as diferenças de ordem cultural, étnica, linguística e religiosa, tantas vezes existentes no interior de um Estado.

8.2. Formas territoriais do poder

As formas da organização territorial do poder apresentam graus variáveis de complexidade. A doutrina aceita, em linhas gerais, a seguinte classificação[202]:

(a) *Estados unitários*, os Estados que mantêm uma única esfera de poder político sobre o território, centralizada no âmbito nacional. Entre tantos, são exemplos Nova Zelândia, Líbano, Uruguai, França. Não afasta o caráter unitário de um Estado a existência histórica de unidades subnacionais de poder, admitidas ao convívio do todo, com a garantia constitucional de

autonomia política no respeitante a assuntos de seu interesse, como, no Reino Unido, a ilha de Man e as do Canal.

(b) *Estados federais* – no outro extremo do espectro – as unidades políticas em que a Constituição, dotada de rigidez quanto ao processo de reforma, assegura, paralelamente à esfera federal, a autonomia efetiva de entidades políticas de nível regional ou estadual. Enquadram-se aí duas dúzias de Estados, entre os quais Alemanha, Áustria, Argentina, Brasil, Canadá e Estados Unidos.[203]

(c) *Estados unitários descentralizados*, os Estados que, originariamente unitários, vêm reconhecendo progressivamente autonomias regionais em face do poder nacional, por meio de estatutos jurídicos específicos. Esses, todavia, ainda não alcançaram a plenitude das garantias de rigidez de uma Constituição federal. Podem ser inseridos nessa categoria os chamados Estados autonômicos ou regionais, que emergem na Europa, em especial nas penínsulas ibérica e itálica.

8.3. Duas vertentes da doutrina da federação

Já se examinou (3.4 *supra*) a lição de MONTESQUIEU sobre a república federativa. O modelo liberal da federação – que a ele se deve – nasceu da combinação entre a forma republicana de governo (melhor seria dizer a democracia no plano da *polis* local) e uma visão de fins da política, privilegiando a liberdade e a segurança (os dois grandes valores a tutelar em uma projetada *união*). A doutrina está centrada em relações que lembram um pacto entre unidades políticas (*polis*) independentes e iguais, que decidem fundar um ente novo, a União. O resultado é uma unidade de dois polos, a *dual federation*. Vigeu como ortodoxia liberal até meados do século XX.[204]

Entretanto, há outra vertente da ideia política associativa, mais socionatural do que juscontratual. Ela acompanha a história dos povos germânicos, visível já na formação medieval do Sacro Império Romano-germânico, que se estendeu por nove séculos. Esteve presente na construção do Império Alemão ao longo do século XIX. Passou à Constituição de Weimar e chegou às instituições de Bonn[205]. O doutrinador desse federalismo germânico, histórico e natural, foi J. ALTHUSIUS (1557-1638).[206]

Os alemães nunca usaram, para sua forma de Estado, o termo “federação” (da raiz grega *fœdus*). Recorreram sempre à língua nativa, ao termo *bund* (que também significa laço, união). A federação associativa, antes de ter sido um pacto político-formal, foi e continua sendo um fenômeno social, uma ordenação natural, da base à cúpula, em uma pluralidade de instâncias autônomas, em laços cooperativos ascendentes e descendentes. A política nesse contexto, além de liberdade e de segurança, busca a *simbiose* (o bem comum), pela via de relações associativas e cooperativas, firmes no princípio da subsidiariedade, em que o local ou o municipal é o ponto de partida e, a final, o último destinatário da ordem de convívio.

8.4. Progressiva superação do Estado unitário centralizado

Em nossos dias, a ideia de um Estado unitário e centralizado está superada. Todos os Estados contemporâneos, mesmo os ainda nominalmente *unitários*, praticam, de um modo ou de outro, descentralização política e administrativa.

O impacto da União Europeia e de seu federalismo de subsidiariedade tem sido decisivo. De um lado, ele tem contribuído a uma unidade mais solidária, flexível e justa no continente europeu. De outro, tem levado os Estados-membros a se curvarem, internamente, às reivindicações de descentralização e de autonomia. Ademais, tem sido um testemunho vivo da importância da repartição territorial das funções e responsabilidades políticas.

A distinção doutrinária entre Estados federais e Estados descentralizados, mormente os de índole regional, vem se tornando cada vez mais sutil. Quanto aos Estados descentralizados, cultivam-se espaços e instrumentos democráticos novos visando a aproximar melhor as autoridades regionais das respectivas comunidades. Quanto aos Estados federais, a valorização crescente das autoridades municipais; o incremento dos mecanismos de cooperação e de solidariedade entre a União e os Estados-membros; e o reconhecimento das situações assimétricas nas relações federativas, com a admissão de instrumentos adequados para corrigi-las, vêm reduzindo as barreiras e encurtando as distâncias entre os entes federativos.

8.5. República, federação e democracia

Na história das ideias, com o respaldo de MONTESQUIEU, a forma federativa de Estado foi, durante muito tempo, vinculada à forma republicana de governo. A propaganda republicana no Brasil esgrimiu o argumento. O direito constitucional anterior a 1988 vedava a abolição não só da federação, mas também da república, de certa maneira vinculando uma à outra.

Essa vinculação, máxime em nossos dias, não faz mais sentido. Não há incompatibilidade alguma entre monarquia e federação. As federações australiana, canadense e malaia são monarquias. Nem há, também, em tese, incongruência entre república e Estado unitário. A República Francesa, desde a Revolução, tem permanecido "una e indivisível".

No entanto, a evolução da teoria do Estado e do direito constitucional nas duas últimas décadas vem revelando o nexo que existe entre federação e democracia. A ponte que as aproxima é o *princípio da subsidiariedade*.

Esse princípio radica na anterioridade ontológica da pessoa humana, com sua dignidade, liberdade e iniciativa, relativamente aos círculos da vida social, que ascendem, em níveis crescentes de generalidade, até o poder público estatal e, neste último patamar, da esfera local à esfera geral ou nacional.

A regra de ouro do princípio da subsidiariedade,[207] que está no âmago do regime democrático, é a seguinte: não se deve transferir para uma sociedade mais alta – e, portanto, mais distante das pessoas – tudo aquilo que uma sociedade, mais próxima destas, pode fazer e bem. O poder público, nas relações internas entre os níveis de órgãos que o compõem, também é alcançado por esse princípio. O Ente Federativo encarregado do nível mais geral e elevado do bem comum não deve cumular as tarefas que possam ser cumpridas, e bem, pelos Entes Federativos mais próximos da sociedade e dos cidadãos.[208]

Esse princípio vem sendo cada vez mais reconhecido. Assim, em 1992, a subsidiariedade foi erigida pelo Tratado de Maastricht como o princípio cardeal da União Europeia.[209]

Portanto, numa federação saudável, não deveriam os Estados-membros tomar para si atribuições que as autoridades locais possam exercer bem; nem a União concentrar as que os Estados-membros tenham condições de

bem cumprir. Tais violações ofendem, ao mesmo tempo, a forma federativa e o regime democrático.

9. As formas de governo

9.1. A monarquia e a república

Forma de governo, pelo menos desde o segundo pós-guerra, exprime simplesmente a organização da chefia de Estado quanto ao modo de designação do titular e quanto à extensão temporal do exercício na função. Na monarquia, a chefia de Estado é hereditária e vitalícia. Na república, eletiva e temporária.

Como simples forma de governo (posta de lado a questão da cumulação ou separação entre Estado, governo e administração), contrapor monarquia e república tornou-se questão técnica, vazia de carga ética e destituída do caráter polêmico que teve no passado, quando ainda trazia em seu bojo a questão da titularidade da soberania: se de *um*, monarquia; se de *alguns*, aristocracia; se de *todos*, república.

9.2. A pacificação da questão monárquica

O debate entre monarquia e república foi, nos dois últimos séculos, muito áspero. A hereditariedade e a vitaliciedade da posição mais visível e privilegiada do Estado, na história contemporânea, sempre feriram suscetibilidades nutridas no princípio da igualdade. De outro lado, até o primeiro quartel do século XX, a sociedade como um todo e a própria teoria do Estado, máxime em países menos amadurecidos, não tinham ainda compreendido bem o significado da chefia de Estado (o poder que une a sociedade e confirma os valores de consenso), nem a essencialidade de separá-la do governo (o poder que decide as políticas que dividem a sociedade) e da administração (o poder que executa as políticas públicas com imparcialidade e rigor técnico).[210]

A intuição dessas três funções políticas vai causar dois efeitos positivos, ligados entre si. Primeiro, a questão monárquica começa a deixar de ser tabu. Percebe-se melhor o sentido da transcendência político-partidária da

chefia de Estado. Atesta-o, no Brasil, a exclusão da monarquia do rol das inabolibilidades constitucionais brasileiras, em 1988. Segundo – mais bem compreendido o papel da chefia de Estado –, passa-se a entender DE GAULLE, que, como reformador das instituições francesas, inovou em 1958 o sistema parlamentar de governo, resgatando a dignidade da chefia de Estado como um verdadeiro poder moderador, que comanda de fato as Forças Armadas e conduz diretamente a política externa.

9.3. Formas de designação do chefe de Estado

A Alta Idade Média conheceu a monarquia eletiva. Ela chegou a ser praticada, em bases regulares, no Sacro Império. Foi, porém, a monarquia hereditária que se generalizou, ainda que a fundação de uma nova ordem tivesse de passar pela "Aclamação dos Povos" (a aprovação popular), como aconteceu com D. PEDRO I no Brasil.[211]

Já a República apresenta duas formas de designação da chefia de Estado: a eleição direta e a eleição indireta (esta defendida, com brilho inexcedível, por ASSIS BRASIL, que a julgava uma espécie de "nomeação de magistrado").[212]

Em nossos dias a eleição direta do chefe de Estado, combinada com o sistema de governo denominado *parlamentarismo*, tem dado bons resultados. A eleição direta engendra, em geral, líderes carismáticos que – em virtude do próprio carisma de que são dotados – têm sido capazes de sintonizar a alma nacional, colocando-se acima dos partidarismos que dividem as opiniões políticas. Esses líderes não costumam interferir nos espaços do governo do dia, que se encarrega da política ordinária com toda autonomia, respondendo politicamente todos os dias perante a Câmara dos Deputados. Os presidentes da República ficam, assim, mais liberados e com tempo suficiente para: (a) cumprir a função moderadora interna de comandar as Forças Armadas; e (b) dirigir, geralmente com êxito, a política internacional.

É de observar, enfim, que no Brasil, durante o regime anterior, os generais presidentes nomeavam "primeiros-ministros" poderosos e se recolhiam a uma posição de garantia da ordem e do que então chamavam "objetivos nacionais permanentes". Curiosamente, com a exceção de Collor de Mello – que veio a ser *et pour cause* afastado do cargo em processo de

impedimento –, os demais presidentes vêm seguindo, de um modo geral, linha de conduta similar.

10. Os sistemas de governo e de poderes

10.1. Sistemas de governo *lato sensu*

Tomada a expressão em seu sentido mais largo, sistema de *governo* é o modo como as instituições do poder político estão arranjadas para viabilizar suas funções específicas no esforço conjunto de atender às exigências do bem comum.[213] É a instrumentação institucional ao alcance do Estado para que este realize as tarefas necessárias ao cumprimento de seus fins. Uma tradição já consolidada no direito constitucional comparado fixou os sistemas de governo *lato sensu* em três tipos clássicos, a saber, o presidencialismo, o parlamentarismo e o sistema diretorial.

O *sistema presidencial* foi moldado na Constituição norte-americana (aprovada pela Convenção de Filadélfia em 1787) e em vigor desde o início de 1789. Reuniu elementos histórico-culturais ingleses às ideias de Montesquieu. Sua peça-chave é o estabelecimento de três órgãos políticos independentes, o Congresso, o presidente e o poder judiciário (encimado pela Suprema Corte). A cada um deles foi entregue, com exclusividade relativa, uma das três funções políticas reconhecidas à época, a legislativa, a executiva e a jurisdicional, de modo que, segundo a fórmula famosa, o poder travasse o poder e dessa limitação estrutural resultassem, automaticamente, harmonia e moderação. Claro que esses mecanismos delicados para funcionar razoavelmente necessitam de condições sociopolíticas bem especiais: uma sociedade forte, anterior ao Estado e autorregulada; uma federação real, de baixo para cima, em que o autogoverno realmente funcione. Como Estado e "governo" se fundem no poder executivo, um efetivo consenso social em torno da ordem econômica é essencial. Na falta desse consenso, as forças que se opuserem ao "governo" do dia estarão se opondo, mesmo sem o querer, também ao Estado![214]

Já o *sistema parlamentar* é natural e casuísta como a vida social. É a ordem concreta resultante de uma longa evolução, puxada pelas exigências

da política real. Os autores hoje concordam que só a partir do *Reform Act* de 1832 pode-se realmente falar em "parlamentarismo" no Reino Unido. Só então o poder do rei foi afinal separado do governo e desencadearam-se as forças que fizeram do Gabinete o instrumento pelo qual o povo assumiu o controle da política, elegendo maiorias parlamentares dependentes só do eleitorado. À Coroa (chefia de Estado) caberia a essencial função de *auctoritas*: unir o povo em torno de valores comuns, legitimando as decisões da maioria aos olhos dos vencidos e curando as feridas abertas pelas decisões políticas.[215] O parlamentarismo é, por outro lado, condicionado pelo sistema de partidos. No bipartidarismo (fruto de um sistema eleitoral majoritário natural) os gabinetes são muito estáveis. Eleições proporcionais, porém, fragmentando os partidos (multipartidarismo), deságuam em instabilidade ministerial, fragilizando os governos e reduzindo-lhes a eficiência.

Enfim, o *sistema diretorial* é de importância mais simbólica, pois é peculiar à realidade e à história de um país único, a Suíça. Trata-se de uma ordem de dois poderes. De um lado, o poder judiciário independente. De outro, a Assembleia Federal, que, representando o povo dos cantões confederados, controla o Conselho Federal (o órgão executivo), formando o segundo polo do poder político.[216]

10.2. Dificuldades da categoria "sistemas de governo *lato sensu*"

Ensina FERREIRA FILHO, com a habitual acuidade, que "é tradicional definir juridicamente um sistema de governo pela posição recíproca dos poderes e por suas relações no processo governamental."[217]

Sistema de governo em sentido amplo, até hoje, na doutrina, vem indicando estas duas realidades: a organização dos poderes e a organização do processo governamental. Ao abrigo de uma só categoria – sistema de governo *lato sensu* – vêm coexistindo duas ordens de decisões políticas fundamentais:

(1º) De um lado, uma *alocação de funções políticas* distintas a órgãos específicos, na verdade um *sistema de poderes*; e

(2º) De outro, uma *organização do processo governamental*, ou seja, um

sistema de governo em sentido estrito ou, simplesmente, um *sistema de governo.*

A categoria *sistemas de governo lato sensu* tenta manter juntos esses dois aspectos cada vez mais autônomos. Por essa razão, a categoria vem-se tornando progressivamente imprecisa e ambígua. Seu poder de penetrar a realidade e de ler os fenômenos constitucionais atuais é cada vez menor.[218] Examinemos alguns *sintomas* dessa falência:

(A) A multiplicação crescente, na doutrina atual, das referências a "formas mistas", "semipresidencialistas" ou "semiparlamentaristas". Há quem, com isso, já pergunte se ainda faz sentido distinguir os sistemas de governo. Essa dúvida não tem razão de ser. As ambiguidades estão antes nos critérios de análise, já ultrapassados, do que nos fatos reais. O atraso teórico vem retardando o progresso do direito constitucional na matéria e prejudicando a ajuda que ele poderia oferecer ao desenvolvimento institucional de muitos países, a começar pelo Brasil.[219]

(B) Os conceitos e os termos usados para descrever os sistemas de governo em abstrato não condizem mais com a linguagem ordinária no país e no mundo. Mais atrapalham, do que ajudam, o entendimento do problema. Vejamos:

(b1) O termo *presidencialismo* vem da palavra *presidente* (chefe de Estado eletivo e temporário). Ora, a maior parte dos países ditos parlamentaristas tem hoje um presidente na chefia de Estado. Não é aí, pois, que os sistemas se diferenciam! O que na verdade caracteriza o dito *presidencialismo* é possuir ainda o velho poder *executivo*, ou seja, um poder político que fusiona, na mesma instituição, Estado, governo e administração. Assim, se quisermos recorrer a um *ismo* para indigitar o sistema em pauta, o melhor termo seria *executivismo.* Eis tudo: o peculiar desse sistema não é o presidente – aliás, nunca foi –, mas o *executivo.*

(b2) O termo *parlamentarismo* vem da palavra *parlamento*. Ora, todos os países ditos presidencialistas têm Parlamento. Então também não é aí que os sistemas se distanciam! O que de fato caracteriza o dito *parlamentarismo* é ter um *governo*, que – para ser governo – tem de estar separado da chefia de Estado e da administração.[220] De novo, se quisermos um *ismo* para indicar esse outro sistema, o termo mais significativo deveria ser *governamentalismo.* Em suma: o peculiar desse sistema não é o Parlamento – nunca o foi –, mas possuir *governo* institucionalizado.

(b3) O *sistema diretorial* suíço tende a concentrar as funções políticas na Assembleia. O termo mais significativo para denominá-lo seria *assembleísmo*.[221]

Sustentar – como estamos fazendo – que a crise da categoria *sistemas de governo lato sensu* provém *antes* da indigência da doutrina constitucional não significa menoscabar o impacto dos desafios atuais: (a) a ordem juspolítica internacional cosmopolita; (b) a influência crescente das corporações e grupos de pressão; (c) as novas formas de representação e (d) as transformações da função governamental.[222] Na verdade é essa realidade nova que exige o aprimoramento dos critérios doutrinários. Se eles não forem aperfeiçoados, as mudanças que estão ocorrendo na vida política não serão adequadamente compreendidas.

Em suma, a tendência hoje, na teoria dos regimes políticos, é consolidar, como dois cânones distintos e autônomos, os sistemas de poderes e os sistemas de governo. A descoberta destes, no direito constitucional, pelos trabalhos de BURGESS e RACIOPPI, já tem mais de século, e o progresso das ciências sociais vem lhes confirmando a pertinência, a validade.[223]

10.3. Classificação das funções do Estado

JELLINEK[224] lançou as bases da classificação contemporânea das funções do Estado e, por extensão, dos poderes políticos. Ele combinou dois critérios:

(I) No plano horizontal situou o universo das matérias ou tarefas que incumbem ao Estado, dividindo-as em dois âmbitos: (a) uma área normativa, das atividades estatais que cuidam do *direito*; e (b) uma área sociocultural, das atividades estatais que visam ao bem comum e que podemos denominar *políticas*.

(II) No plano vertical, JELLINEK descortinou, no Capítulo VIII de sua *Teoria Geral*, a existência de *três níveis da atuação* do Estado sobre essas áreas, que, como em uma pirâmide, vão se estreitando à medida que ganham altura:

(a) o nível dos *"fins supremos ou superiores"* do Estado, aquele que remata a ordem pacífica de convivência, construindo e mantendo a unidade juspolítica para a *"conservação da existência individual e da felicidade das*

pessoas", (...) e *"que afirmam não tanto o que haverá de fazer-se, mas o que não há de fazer-se" (controle)*[225];

(b) o nível dos *"fins intermediários"*, que decide ou determina *"os meios mais convenientes, entre as várias opções existentes, para alcançar os fins superiores"*[226], tanto no campo do direito como no da política; e

(c) o nível dos *"fins concretos"*, que executa ou aplica as determinações tomadas pelo nível anterior, também nos dois campos.

MARCELO CAETANO também distinguiu, no tocante às funções do Estado, dois campos distintos: (a) o jurídico (das funções ou atividades de direito); e (b) o *não jurídico*, que, na verdade, se expressa também como o âmbito das atividades políticas.[227] Entretanto, CAETANO empobreceu a proposta dos níveis de JELLINEK, pois os reduziu simplesmente a dois: o nível normativo, estabelecendo as pautas gerais de conduta, e o nível executivo concreto, da jurisdição e da administração.

KELSEN, por identificar Estado e direito, caiu em simplificação maior, ao reduzir toda a ordem política à ordem jurídica. Mas, pelo menos, salvou a noção dos níveis do ordenamento jurídico. Entretanto, na visão piramidal escalonada que também aceitou, KELSEN afastou qualquer referência à teleologia. Os níveis jurídicos de KELSEN obedecem somente aos imperativos de uma rede lógico-formal, que desce da "norma fundamental hipotética" na seguinte estrutura:

(a) O *grau superior ou fundamental*, correspondendo às normas criadas pelo poder constituinte e que formam a Constituição do Estado;

(b) O *grau primário ou legislativo*, das normas gerais criadas pelos órgãos autorizados pela Constituição a elaborar as leis, e que na Constituição têm o seu fundamento formal de validade; e

(c) O *grau secundário*, composto das normas individuais criadas em nível concreto, via processo judicial (decisões judiciais) e via processo administrativo (resoluções administrativas), com fundamento formal de validade nas normas de nível primário. [228]

A dificuldade geral da teoria do direito nessa matéria dos fins juspolíticos vem do abandono, pelos modernos, da antiga noção de razão prática, que a filosofia grega já conhecia. Para os clássicos, a inteligência humana não é só capaz de conhecimento científico (razão teórica) e de conhecimento tecnológico (razão técnica). Ela é também capaz de conhecer os fins do agir (razão prática). A inteligência humana tem acesso racional ao bem valioso –

o bem juspolítico e o bem ético – e nessa atividade ela opera em momentos ou níveis.

O primeiro momento vivido pela inteligência que se aproxima dos fins é o da *contemplação*. A racionalidade humana está imantada para o bem juspolítico. A comunidade é capaz de percebê-lo e de deixar-se atrair por ele. Diante do bem em abstrato, ou seja, dos grandes valores abstratos do convívio – liberdade, igualdade, justiça, segurança, solidariedade e progresso –, todos somos capazes de apreendê-los em abstrato (consenso). É essa contemplação em abstrato dos valores mais altos do convívio que suscita o impulso à unidade, à paz e à ordem. Nessa esfera de contemplação e de consenso é possível estabelecer instrumentos para prosseguir nos níveis seguintes.

O segundo momento da razão prática é o da *determinação* desses valores abstratos em legislação e em ações políticas definidas no aqui e no agora do convívio. Cada cidadão vê os valores abstratos segundo o seu ponto de vista. E os pontos de vista – as opiniões – variam porque cada cidadão ocupa um lugar social concreto e diferente na sociedade. A *polis* desenvolveu meios institucionais de deliberação, em órgãos representativos das opiniões, para definir a opinião mais adequada. Da discussão nasce a luz, diziam os antigos. Esta, normalmente, se encerra pelo critério majoritário. Presume-se que a opinião da maioria seja a melhor, pois reúne um âmbito maior de pontos de vista.

O terceiro e último momento da razão prática é o da *execução* (aplicação ou também gestão) das decisões deliberadas na vida concreta da comunidade. Neste nível os órgãos serão outros. Os critérios de desempenho são: (a) lealdade às decisões deliberadas; (b) imparcialidade, igualdade e isenção na aplicação; (c) recursos e habilidades técnicas adequadas; (d) atenção às exigências da equidade jurisdicional e administrativa.

Combinando esses três níveis da razão prática com os dois grandes âmbitos da atuação do Estado (o campo político e o campo jurídico), podemos identificar as seis amplas e flexíveis funções juspolíticas:

(A) *Função de chefia de Estado*[229]. Ela é o zelo dos fins últimos do Estado. Unifica e integra a nação, como ponte permanente entre o seu passado e o seu futuro. Fecha a abóbada institucional. Demarca uma área de consenso para unir a comunidade acima das diferenças setoriais e

ideológicas que nela convivem. Como poder soberano que brota do povo, cabe-lhe a *auctoritas*[230] para, em nome desse poder, confirmar (sancionar) as deliberações e curar (perdoar) as feridas dos conflitos. Exerce o *controle político* mais elevado, a suprema inspeção, da ordem política. Para os grupos que disputam o poder, é a garantia última da transcendência dos valores e da lisura dos procedimentos. Faz fronteiras com a ética, a política e o direito. Cumpre-lhe uma "magistratura de persuasão"[231] e de última instância sobre o corpo político de governantes e governados.

(B) *Função corretora*[232] ou de jurisdição constitucional. É a função de defesa dos fins últimos do Estado – vale dizer, dos valores da democracia – no campo das atividades jurídicas e mediante as técnicas da jurisdição. É a função hoje dos tribunais constitucionais: guardar a Constituição, preservando e atualizando o consenso que estabeleceu e que mantém a soberania da ordem jurídica. Sua atividade mais visível é a de *controle* da constitucionalidade, com efeito vinculante sobre os poderes públicos e a sociedade.

(C) *Função governamental* ou de *direção política*.[233] Desenvolve-se no nível dos fins intermediários do Estado. É a função de decidir, geral e continuamente, com iniciativa e independência, os rumos de todos os assuntos da vida coletiva, no concernente às questões de preponderante politicidade, como a conveniência, a oportunidade, a urgência e a utilidade. Essas questões, por não poderem ser – ou por não terem sido – regulamentadas previamente pelo direito, só podem ser enfrentadas por essa função.[234] Trata-se de atividade altamente desgastante e que requer alguma forma eficiente de responsabilização política.

(D) A *função legislativa*. É, no nível dos fins intermediários, a função que, nos assuntos da vida coletiva, cuida do tratamento jurídico, ou seja, da regulação antecipada da conduta humana. Reflete, por isso, a importância instrumental da lei, essencial ao regime democrático, como o veículo principal do *processo deliberativo* de concretização dos valores (éticos) na realidade social.[235] Daí exigir órgão de *composição coletiva*, que, de certa forma, espelhe a diversidade das perspectivas de opinião vigentes na sociedade. Cabe-lhe ir moldando a evolução do direito, por meio de atos normativos formais. Dotada também de iniciativa e independência, impõe-se a necessidade de colaborar – quando não, de atuar em consonância – com a função governamental.

(E) *Função administrativa*. É, no nível dos fins concretos, função política importantíssima. É seu dever executar, na realidade, as políticas públicas; prestar os serviços públicos; e velar pela regular aplicação do ordenamento jurídico. Pelo seu contato direto com os fatos, cumpre-lhe, ainda, assessorar, com lealdade, o governo do dia, no processo político decisório.

(F) *Função jurisdicional ordinária (judicial)*. É a função que, em nível concreto, aplica o direito nas situações da vida, para a solução dos conflitos de interesses entre partes, ou entre partes e o interesse público. Cumpre-lhe utilizar a técnica da equidade. As regras do direito não estarão sempre nos textos legais positivos, embora, nos sistemas romano-germânicos, os juízes nela encontrarão sempre um ponto de partida.

10.4. Os sistemas de poderes

A expressão *sistema de poderes* foi utilizada por Miguel REALE em 1998 para designar, especificamente, a dicotomia parlamentarismo-presidencialismo[236]. Bem ponderada, essa é a denominação ideal para indicar o modo como se organiza a institucionalização dos poderes políticos como órgãos do Estado.

Sistema de poderes, portanto, vem a ser o modo de organizar a alocação das funções políticas entre os órgãos constitucionais aos quais é atribuído o exercício do poder soberano[237].

Os sistemas de poderes têm uma história bem documentada[238]. Por isso, o método mais prestante para compreendê-los é o estudo da sucessão, no tempo, das grandes fases de vivência da equação dos poderes políticos no Ocidente. Com efeito, os sistemas de poderes foram intensamente experimentados e testados pelos povos. Eles representam uma espécie de estrutura de sustentação, sobre a qual os sistemas de governo são capazes de operar.

No Reino Medieval Feudal as funções políticas estavam todas descentralizadas, solvidas na sociedade, mescladas ao privado. Não houve propriamente um Estado Medieval. O Estado propriamente dito vai se constituir, definitivamente, entre os séculos XV e XVI na Europa ocidental, depois de um longo e penoso processo de centralização das funções políticas que orbitavam em torno da Coroa. Grandes doutrinadores como BODIN (1530-1596) e, posteriormente, HOBBES (1588-1679) justificaram

esse movimento. Podemos designar o sistema de poder daí resultante de *executivismo absoluto*. Usamos o termo *executivismo*, de poder executivo, pois este será o nome atribuído ao órgão do Estado que veio a absorver, também, as funções de governo e de administração. O adjetivo *absoluto*, por seu turno, expressa as ideias políticas da época (o "absolutismo", de *absolvere*), que pediam a "liberação" do poder público – que fora capturado pelas relações privadas e pelos interesses corporativos – e a sua concentração em um centro próprio que pudesse gozar de mais isenção.[239] Essa, a *primeira* fase histórica do sistema de poderes: a da *concentração dos poderes*.

Firmado em torno do Rei, o poder público, ele próprio, começa a se descentralizar internamente numa pluralidade de novos órgãos políticos. A primeira função política que veio a deixar a esfera real foi a de produzir *statutes* – os "atos políticos legais"–, conquistada pelo Parlamento inglês, ao longo das guerras civis do século XVII. O marco histórico dessa mudança é simbolizado na Revolução Gloriosa de 1688. O doutrinador dessa passagem foi LOCKE (1632-1704). Nascia assim o poder legislativo moderno. Permanecia o poder do rei – perdida a função de legislar – com: (a) a função de última instância ou "prerrogativa" (diríamos hoje a chefia de Estado); (b) a função de administrar; (c) a função de governar (ainda reduzida e muito focada na política externa); e (d) a função judicial (concentrada em Londres, nas cortes reais). Essa, a fase da *bipartição dos poderes*, com um sistema de poder que podemos denominar *executivismo arcaico*.[240]

A segunda função que o poder do rei vem a perder na Inglaterra é a de dirigir a função judicial. Resultou também de uma evolução, iniciada com o Ato do Estabelecimento (1703), no início do reinado de Ana, e que funda o poder judicial moderno. Os órgãos de poder político agora passam a ser três: a Coroa, o Parlamento e os Juízes. MONTESQUIEU, que conheceu bem a Inglaterra (entre 1729-31), inspirou-se aí para prescrever uma fórmula institucional, racionalista e liberal: os três poderes, especializando as respectivas funções (a executiva, a legislativa e a judiciária), deveriam guardar entre si relações de independência e harmonia, limitando-se reciprocamente, dispensada qualquer regulação de autoridade externa. Nascia a teoria clássica da separação dos poderes, fórmula de um regime moderado que, a muitos, pareceu de aplicação universal. Essa é a fase da *tripartição dos poderes*, um sistema de poder novo, que podemos chamar

de *executivismo clássico*.[241]

Nos primeiros trinta anos do século XIX a realidade política inglesa atinge um patamar realmente *novo* de evolução. A Coroa (o poder executivo de Montesquieu) perde clara e definitivamente a capacidade de comandar o que vai se plasmando como a atividade contemporânea de *governar:* a atividade de dirigir o conjunto das políticas públicas para os fins concretos de bem comum. Essa atividade – que só agora ganha contornos mais visíveis – supõe um progresso da civilização, um ambiente de opinião pública e parlamentar, ainda que em estado larvar. Do Parlamento, então, vai emergir um órgão, o *gabinete*, com *endereço político*, e seus líderes assumirão o desafio. Surge o poder governamental contemporâneo, *funcionalmente* separado, tanto da Coroa como representante do Estado quanto do próprio Parlamento-legislador como representante da sociedade. Os poderes políticos agora passam a ser quatro: o poder da Coroa (chefia de Estado e da administração), o poder legislativo, o poder judiciário e o poder governamental. Quem atinou para esse avanço foi um suíço-francês, Benjamin CONSTANT (1767-1830), olhando o problema desde a realidade francesa. Descobriu ele a falta que um poder de chefia de Estado (que denomina *poder moderador*), distinto dos eventuais governos, fazia na França, justamente para conciliar a participação política do povo e a estabilidade institucional. Essa é a fase da *tetrapartição de poderes* ou de um *governamentalismo de elites*, especialmente pela ausência, nessa fase, ainda, do sufrágio universal.[242]

No primeiro pós-guerra, a Constituição de Weimar (1919) consagrou expressamente em seus artigos 129 e 130 a autonomia da administração pública, isolando-a dos males do partidarismo. Essa tendência já se observava em todos os países mais estáveis e democráticos do Ocidente. A administração pública torna-se, assim, uma espécie de "quinto poder político". Importantes para tal reconhecimento foram os trabalhos de WEBER, KELSEN, SCHUMPETER e Zafra VALVERDE. Poderíamos apelidar esse sistema de poderes de *governamentalismo de massas.*[243]

Anote-se, nesse ponto, que a Constituição brasileira de 1988 avançou muito na direção da autonomia da administração pública, o que em si é excelente. Porém, a Constituição não separou o Estado e o governo, condição necessária para que essa autonomia dê bons frutos. A questão está em que a Administração necessita de uma chefia de Estado atenta ao cultivo

da cultura da isenção ideológica, do serviço desinteressado ao bem comum e de probidade pública. No Brasil, quem exerce essa chefia superior, o chefe de Estado, é também o líder de um governo. Ora, a contaminação partidária e também ideológica da chefia de Estado, inevitável nessa fusão, cria oportunidades muito complicadas para: (a) o aparelhamento ideológico do serviço público; (b) a tentação do corporativismo; e (c) a combinação desses dois males ao mesmo tempo. Essa última é um risco delicadíssimo, pois conduz à instrumentalização do poder público, que beira perigosamente o totalitarismo!

Enfim, o segundo pós-guerra trouxe uma última enorme contribuição ao sistema de poderes: a emergência de um Tribunal Constitucional para cumprir, no âmbito do direito, o papel que a chefia de Estado moderadora desempenha no âmbito da política. No Estado democrático de direito pós-1945, a Constituição é o repositório dos valores superiores da ordem juspolítica. A guarda e a interpretação desse núcleo axiológico não devem ser exercidas pelo poder legislativo, nem mesmo pelo poder judiciário, paralelamente às mesmas razões que desaconselham tanto o Governo quanto a Administração a exercerem a chefia de Estado. A essência do Estado democrático de direito está na separação das instâncias de fins e de funções da ordem juspolítica, e no diálogo ascendente e descendente entre elas: só um Tribunal Constitucional deve ter aquele alto poder.[244]

Assim, cumular no poder judiciário *stricto sensu* (o órgão que exerce a jurisdição do direito aos fatos da vida), inclusive o de primeiro grau, a aplicação dos valores constitucionais produz dificuldades invencíveis ao Estado democrático de direito. Seria atribuir, a órgão de jurisdição ordinária, a função legislativa plena para determinar, entre as alternativas políticas plurais, aquela que deve ser levada aos fatos. E mais: hoje se reconhece que mudar a interpretação da Constituição – o que os Tribunais Constitucionais fazem na Europa – é exercício de um poder constituinte informal de reforma da Constituição, que coloca esse poder acima do texto literal da Constituição. Isso vem sendo lá justificado pelo reconhecimento da natureza da função constitucional suprema que aquele órgão exerce. Mas como justificar a atribuição de poder constituinte informal de reforma da Constituição à Justiça ordinária? Como se vê, as decisões fundamentais sobre as relações entre jurisdição constitucional e jurisdição ordinária são temas pertinentes a sistemas de poderes.

Em nosso continente americano, por razões que vão além dos limites

deste estudo, remanesce um sistema de poderes sobre o qual a evolução histórica já emitiu seu julgamento. Um exame específico desses temas poderia despertar uma reflexão proveitosa sobre os rumos de sua evolução futura. Entretanto, nossas sociedades ainda não perceberam as consequências negativas da resistência em destravar os seus sistemas de poderes. Pelo contrário, em alguns países parece até retornar a atávica tendência de concentração de poderes.

10.5. Os sistemas de governo

Resta à categoria dos *sistemas de governo* exprimir e modelar, no plano da ordem institucional, o modo de organizar a função de governo. Essa é a função de definir e de dirigir a orientação geral (*indirizzo político*[245]) das ações concretas que levam ao bem comum, inspirada nas percepções que a opinião prevalecente na comunidade dele alimenta num dado momento histórico.

Cabe observar, primeiramente, as interações que ocorrem entre sistemas de poderes e sistemas de governo. Uns e outros se condicionam reciprocamente. Os dois sistemas, embora se distingam, estão interligados. Assim:

(I) Opções tomadas quanto à estruturação dos poderes da soberania (sistemas de poderes) irão condicionar decisões quanto à organização da função governamental (sistemas de governo). Assim, a opção pela tripartição dos poderes limita o leque das opções do sistema de governo, que não poderá mais separar a chefia de Estado da chefia de governo.

(II) Por outro lado, opções de sistema de governo (a irresponsabilidade do chefe de governo, p. ex.) trarão, reciprocamente, um impacto sobre o sistema de poderes (conflitos insolúveis nas relações entre o executivo e o legislativo).

No item 10.2 *supra* já tivemos a oportunidade de passar em revista os sistemas de governo geralmente aceitos na doutrina do direito constitucional. Restaria, a título de conclusão, elencá-los, na perspectiva própria aqui tratada:

(A) O *sistema* da *irresponsabilidade governamental* (correspondendo, por outros critérios, ao *presidencialismo* ou *executivismo*). O órgão que exerce a função governamental, porque cumulada com funções de Estado e de

Administração, não está sujeito à responsabilidade política. Resta-lhe somente a responsabilização por fatos conducentes a *impeachment*, situação sempre difícil e traumática, e garantida por um processo constitucional próprio. Como o presidente não obtém das urnas maioria parlamentar espontânea, a cultura política que cerca suas formas institucionais evoluíram no sentido da criação de expedientes informais de apoio ao executivo (seja o loteamento partidário da máquina administrativa do Estado, seja a satisfação de interesses setoriais que os parlamentares veiculem). Essa realidade não ajuda uma governabilidade racional e estável, nem uma melhor distinção entre os interesses gerais do bem comum e os interesses setoriais da sociedade.

(B) O *sistema* da *responsabilidade governamental* (correspondendo por outros critérios a *parlamentarismo* ou a *governo de gabinete*). O que caracteriza, na essência, esse sistema é a existência da instituição político-constitucional *governo*.[246] No sistema anterior não há, propriamente, *governo*, mas poder executivo – outro tipo de instituição, encarregada de uma função híbrida, difícil de ser sustentada no mundo contemporâneo, por fusionar funções de Estado, funções de governo e, até, funções de Administração. O sistema em exame resultou da institucionalização na política do processo sociológico da *leadership*, ou seja, um conjunto de mecanismos sociopsíquicos, mesclados a atributos pessoais e a arranjos institucionais adequados, pelo qual um corpo coletivo é capaz de articular, de forma natural, uma maioria e encontrar, em seu seio, um núcleo de pessoas capazes de conduzi-la a objetivos que o núcleo é capaz de exprimir convincentemente. O exercício da função de governar depende da preservação, pelo núcleo dos líderes, das condições sociopsíquicas da liderança. A perda da liderança em uma dada situação política acarreta a queda de um governo e o início de um processo de formação de um novo. Portanto, liderança e responsabilidade são elementos essenciais na caracterização desse sistema de governo, que trouxe, para dentro das instituições políticas, realidades naturais à sociabilidade, já conhecidas em outros domínios da atividade humana.[247]

(C) O *sistema assembleísta* de governo, peculiaridade suíça, também pode ser compreendido na perspectiva funcional que aqui ensaiamos. O órgão da representação federal, eleita pelos cantões, membros da federação, retém a integralidade das funções de Estado e de governo, como representantes do povo soberano. E essa assembleia delega, a um grupo menor, o nível

“executivo” ou de gestão.

(D) Enfim, de um ponto de vista mais especulativo e histórico, poder-se-ia pensar em um *sistema judiciarista*, que decorreria de uma “supremacia *política*” do judiciário. Essa posição foi defendida entre nós por Levi CARNEIRO, que cunhou também o termo. A Suprema Corte agiria como poder moderador, “poder de equilíbrio, retardador e compensador”.[248]

A categoria dos *sistemas de governo* já consolidada centra-se cada vez no exercício da função governamental contemporânea e nessa direção deve prosseguir para aprofundar o progresso científico em matéria tão fundamental.[249]

Referências

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, jan. 2000, p. 634-729.

_____. *We the people*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. 2 v.

ALMOND, G. A. & COLEMAN, J. S. *The politics of developing areas*. Princeton: University Press, 1960. 593 p.

ALMOND, G. A. & POWELL, G. B. *Política comparada*. Buenos Aires: Ed. Paidos, 1972. 276 p.

ALTHUSIUS, Johannes. *Política*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2006. 404 p.

ARDANT, Philippe. *Institutions politiques & droit constitutionnel*. Paris: LGDJ, 1992. 598 p.

ARISTÓTELES. *Política*. Edição bilíngue. Lisboa: Editora Vega, 1998. 664 p.

ARON, R. *Democracia e totalitarismo*. Lisboa: Editorial Presença, 1966. 382 p.

ASSIS BRASIL, J. F. *Do governo presidencial na República brasileira*. Lisboa: Companhia Nacional, 1896. 370 p.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 14. ed. Porto Alegre: Globo. 1975. 398 p.

BALDASSARRE, A.; MEZZANOTTE, C. *Introduzione alla costituzione*. Roma: Laterza, 1998. 249 p.

BARACHO, J. A. de Oliveira. *Regimes políticos*. São Paulo: Resenha

Universitária, 1977. 359 p.

_____. *O princípio da subsidiariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. 104 p.

BARZOTTO, Luiz Fernando. *A democracia na Constituição*. São Leopoldo: Unisinos, 2003. 214 p.

BIGNE DE VILLENEUVE, Marcel de la. *L'activité étatique*. Paris: Sirey, 1954. 466 p.

BISCARETTI DI RUFFÌA, Paolo. *Introduzione al diritto costituzionale comparato, le forme di stato e le "Forme di Governo" – Le Costituzioni moderne*. 3· ed. revista. Milano: Giuffrè, 1974. 559 p.

_____. *Derecho constitucional*. Tradução da edição italiana de 1962. Madrid: Tecnos, 1975. 742 p.

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. 2. ed. Brasília: Ed. UnB, 1980. 169 p.

BODIN, Jean. *Les six livres de la republique*. Paris: Chez Jacques du Puis, 1583. 1060 p. [Fac-símile Scientia Aalen, 1961].

BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. Paris: L.G.D.J., 1967-1977. Tomos de I a X.

BURGESS, J. W. *Political science and comparative constitutional law, Vol. II – Government*. Boston: Ginn & Company, 1891. 404 p.

CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. Vol. I, 622 p.

CALMON, Pedro. *Curso de teoria geral do Estado*. 6. ed. revista. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. 326 p.

CARNEIRO, Levi. *Federalismo e judiciarismo*. Rio de Janeiro: Alba Officinas, 1930. 250 p.

CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría general del Estado*. 2. ed. em espanhol. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1998. 1327 p.

CERRONI, Umberto. *Il pensiero politico dalle origini ai nostri giorni*. Roma: Riuniti, 1975. 1323 p.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Brasília: UnB, 1982. 441 p.

CONSTANT, Benjamin. *Cours de politique constitutionnelle*. 2. ed. Paris: Guillaumin, 1872. 2 vol. [Com introdução e notas de Edouard Laboulaye].

CORWIN, Edward; PELTASON, J. *La Constitución.* Buenos Aires: Omeba, 1968. 211 p.

CRETELLA JR.; ULHOA CINTRA. *Verbetes*: “Regimen-inis, Rego-is, Rex-gis”. In: *Dicionário Latino-Português*. 7. ed. revista. 1956. 1366 p.

DALLARI, Dalmo. *Elementos de teoria geral do Estado.* 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 307 p.

DEMONGEOT, Marcelo. *El mejor regimen político según Santo Tomas*. Buenos Aires: Libreria Santa Catalina, 1937. 232 p.

DIETZE, Gottfried (Org.). Robert Von Mohl, Germany’s de Tocqueville. In: *Essays on the American Constitution*. 1964. p. 187-212.

DIEZ DEL CORRAL, Luis. *El liberalismo doctrinario*. 3. ed. Madrid: IEP, 1973. 688 p.

DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel.* 3. ed. Paris: E. de Boccard, 1928. Tomo 2. 888 p.

DUVERGER, Maurice. *Os regimes políticos.* São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1966.

EASTON, David. *The political system*: an inquiry into the state of political science. New York: Knopf, 1953. 320 p.

ELAZAR, Daniel. Grande projeto de Althusius para uma comunidade federal. In: *Política*, Althusius. Rio de Janeiro: Topbooks, 2006. p. 47-63.

ESMEIN, Adhémar; NÉZARD, Henry. *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*. 8. ed. Paris: Sirey, 1927. 2 v. [a 1. ed. é de 1895.]

ESTEBAN, Jorge; GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro José. *Curso de derecho constitucional español.* Madrid: Complutense, 1992-1994. 3 v.

FERRANDO BADÍA, Juan. *Democracia frente à autocracia*. Madrid: Tecnos, 1980. 371 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia possível.* São Paulo: Saraiva, 1972. 133 p.

_____. *O poder constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1985. 158 p.

_____. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001. 223 p.

_____. *Curso de direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 398 p.

FINER, S. E. *The history of government, Vol. III* – Empires, monarchies and the modern State. Oxford: University Press, 1997. 1261 p.

FRIEDRICH, Carl Joachim; BRZEZINSKI, Z. *Totalitarian dictatorship and autocracy.* Cambridge: HUP, 1956. 346 p.

FRIEDRICH, C. J. The Unique character in totalitarian society. In: *Totalitarianism, proceedings of a conference held at the American Academy of Art and Sciences*. Cambridge: HUP, 1954.

FRITZ, Kurt von. *The relevance of ancient social and political philosophy for our times.* A short introduction to the problem. Walter de Gruyter, 1974.

_____. *The theory of the mixed constitution in antiquity*: a critical analisys of Polybius'political ideas. N. Y.: Columbia University Press, 1958.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Ed. Civitas, 1991. 264 p.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Rev. de Occidente, 1950. 523 p.

_____. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza, 1982. 211 p.

GONZALEZ-CASANOVA, J. A. *Teoría del Estado y derecho constitucional.* 2. ed. Barcelona: Editorial Vicens-Vives, 1982. 556 p.

HAMILTON, Alexander *et al*. *The Federalist* or *The New Constitution*. New York: Dutton, 1971. 456 p.

HAMON, Francis. La théorie des régimes politiques dans L'œuvre de Georges Burdeau. In: CHANTEBOUT, Bernard (Org). *Le pouvoir et l'État dans l'œuvre de Georges Burdeau*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires (Ed. Economica), 1993. p. 59-71.

HAURIOU, Andre. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Montchrestien, 1968. 960 p.

HAURIOU, Maurice. *Princípios de derecho público y constitucional*. Madrid: Ed. Reus, 1927. 586 p.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado.* São Paulo: Mestre Jou, 1968. 374 p.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da RFA.* Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris Ed., 1998. 576 p.

HERODOTUS. *The histories.* New York: Penguin Books, 1980. 656 p.

HEUSCHLING, Luc. *État de droit, Rechtsstaat e Rule of Law.* Paris: Dalloz, 2002. 739 p.

HOLSTEIN, Günther. *Historia de la filosofia política*. Madrid: Instituto de Estúdios Políticos, 1969. 291 p.

JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1970. 602 p. Tradução em espanhol da 2. ed. alemã de 1905.

JIMENEZ DE PARGA, Manuel. *Los regímenes políticos contemporaneos*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1973. 518 p.

KELSEN, Hans. *Aperçu d'une théorie générale de l'État*. Paris: Giard Editeur, 1927. 94 p. [Tradução de Ch. Eisenmann do *resumo* escrito por Kelsen sobre sua *Teoria geral do Estado*].

_____. *Compendio de teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1934. 235 p. [Trad. e estudio preliminar de Luis Recaséns Siches do *resumo* de Kelsen].

_____. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1938. 159 p. [Tradução de Fernando de Miranda do *resumo* de Kelsen] .

_____. *Teoria general del derecho y del Estado*. Ciudad de México: UNAM, 1969. 480 p. [1. ed., Berkeley, abril de 1944]

_____. *Teoria general del Estado*. México: Ed. Nacional, 1970. 544 p. [Tradução do *Algemeine Staatslehre* de 1925, feita por Legaz Lacambra em 1934. A primeira edição alemã desse livro foi resumida pelo A., na forma de *compêndio*, em 1926].

_____. *Esencia y valor de la democracia*. Ciudad de México: Ed. Nacional, 1974 (reimpressão). [Trad. da 2. ed. alemã).

_____. *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981. 315 p.

_____. *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*. Ciudad de México: Porrúa S.A., 1987. 621 p. [Tradução da 2. edição alemã de 1925, do primeiro livro do A. na matéria, *Hauptproleme* (1911)]

LINZ, Juan José. An authoritarian regime: Spain. In: ALLARDT, Erik; ROKKAN, Stein (Ed.). *Mass politics:* studies in political sociology. New York: Free Press, 1970. p. 251-381.

_____. Totalitarian and authoritarian regimes. In: GREENSTEIN, Fred; POLSBY, Nelson (Ed.). *Handbook of political science*. Addison-Wesley Publishing Co., 1975. v. 3, p. 175-372.

LIPSET, S. M. *El excepcionalismo norteamericano*. México: Fondo de Cultura, 2000. 447 p.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1970.

539 p. [Traduzido para o espanhol em 1964, da edição alemã de 1959, por A. G. Anabitarte, contendo uma monografia do tradutor, *Constitución y política*, em apêndice, p. 468-528].

_____. *Brazil under Vargas.* New York: Macmillan, 1942. 350 p.

LOPES GARRIDO, Diego, *et al*. *Nuevo derecho constitucional comparado*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. 671 p.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* São Paulo: Loyola, 1991. 440 p.

MAQUIAVEL. *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio.* Brasília: Editora da UnB, 1979a. 462 p.

_____. *O príncipe & estudos.* Brasília: Editora da UnB, 1979b. 143 p.

MARTINOTTI, H. J. *Historia del saber político*. Buenos Aires: Cultural Universitaria, 1968. 387 p.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Manual esquemático de história da filosofia*. São Paulo: LTr, 1997. 383 p.

MENEZES, Aderson. *Teoria geral do Estado*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1972. 370 p.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição.* Rio de Janeiro: Forense, 2002. 546 p.

_____. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991-1997. 5 vol.

_____. *Constituições de diversos países.* Lisboa: Casa da Moeda, 1986. v. II, 463 p.

_____. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. v. II, 546 p.

MONTESQUIEU. *Œuvres complètes.* Paris: Firmin Didot. 1877. 770 p.

MORTATI, Constantino. *Lezione sulle forme di governo*. Roma: CEDAM, 1973. 454 p.

PETERSEN, Jens. The history of the concept of totalitarianism in Italy. In: MAIER, Hans (Ed.). *Totalitarianism and political religions.* New York: Routledge, 2004. Vol. I. p. 3-21.

PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito publico brazileiro e analyse da Constituição do império.* Rio de Janeiro: Typ. J. Villeneuve & Comp., 1857. 586 p.

PIOTTE, Jean-Marc. *Les grands penseurs du monde occidental.* Quebec:

Fides, 1999. 620 p.

PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de derecho constitucional.* Madrid: C.E.C., 1984. v. I, 381 p.

PLATON. *Obras completas*. Madrid: Aguilar, 1972. 1716 p.

POLÍBIO. *História*. 2. ed. Seleção, tradução e notas de Mário Gama Kury. Brasília: UnB, 1996. 602 p.

POSADA, Adolfo. *Tratado de derecho político, Tomo I, introducción y teoría del Estado*. 5a e última edição revisada. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1935. 592 p. [1. ed. de 1893]

_____. *Princípios de derecho político*: Introducción. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1884.

_____. *El régimen constitucional.* Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1930. 216 p.

PRÉLOT, Marcel. *Histoire des idées politiques.* 4. ed. Paris: Dalloz, 1970. 772 p.

QUEIROZ LIMA, Eusébio de. *Theoria do Estado.* 3. ed. Rio de Janeiro: Liv. Jacintho, 1939. 487 p.

RACIIOPPI, F. *Forme di Stato e forme di Governo*. Roma: Società Dante Alighieri, 1898. 314 p.

RAMIZ GALVÃO, B. F. *Vocabulario etymologico, orthographico e prosodico das palavras portuguesas derivadas da lingua grega*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1909. 607 p.

REALE, Miguel. *O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998. 115 p.

RODRÍGUEZ PANIÁGUA, J. M. *Historia del pensamiento jurídico.* Madrid: Universidad Complutense, 1988. 648 p.

ROSSI, Pellegrino. *Oeuvres complètes de P. Rossi, cours de droit constitutionnel.* 2. ed. Paris: Guillaumin et Cie., 1877. 4 vol.

SABINE, George, & THORSON, Th. *History of political theory*. 4. ed. Forth Worth: Hartcourt Brace Publishers. 871 p.

SANCHES AGESTA, Luis. *Curso de derecho constitucional comparado*. 5. ed. Madrid: Universidad de Madrid, 1974. 526 p.

SARTORI, Giovanni. *The theory of democracy revisited*. New Jersey: Chatham House, 1987. 2 v., 542 p.

_____. *Ingeniería constitucional comparada*. México: F.C.E., 1994. 229

p.

SCHAPIRO, Leonard. *Totalitarianism*. London: Macmillan, 1972. 143 p.

SILVEIRA NETO, Honório. *Teoria do Estado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. 330 p.

SOUZA JUNIOR, C.S. *A crise da democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. 208 p.

_____. *Consenso e tipos de Estado no Ocidente*. Porto Alegre: Luzzatto, 2002. 190 p.

_____. *O Tribunal Constitucional como Poder*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002b. 145 p.

_____. Estudo introdutório: em torno do sentido do federalismo. In: SOUZA JUNIOR & ÁVILA, M. *Estudos sobre o federalismo*. Porto Alegre: Editora Luzzatto, 2007. p. 9-38.

STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1987. 909 p.

TOCQUEVILLE, Alexis De. *La democratie en Amerique*. Paris: Garnier-Flammarion, 1981. 2 vol.

TORRES, J. C. Brum. *Figuras do Estado moderno*. São Paulo: Brasiliense, 1989. 483 p.

TORRES, J. C. de Oliveira. *A democracia coroada*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1957. 589 p.

_____. *Do governo régio*. Petrópolis: Vozes, 1985. 156 p.

_____. *Harmonia política*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1961. 290 p.

_____. *Teoria geral da História*. Petrópolis: Vozes, 1963. 694 p.

TORRES, Sílvia F. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 298 p.

TREVES, R. *Sociologia del diritto, origini, ricerche, problemi*. Torino: Giulio Einaudi editore, 1988. 352 p.

TRIBE, Lawrence. *American constitutional law*. New York: Foundation Press, 1988. 1778 p.

TROPER, Michel. La théorie de la fonction gouvernementale chez Georges Burdeau. In: CHANTEBOUT, Bernard (Org.). *Le pouvoir et L'État dans l'œuvre de Georges Burdeau*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires (Ed. Economica), 1973.

TRUYOL y SERRA, Antonio. *Historia de la filosofia del derecho y del*

Estado. Madrid: Alianza, 1975. Tomo 2, 435 p.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Principios de ciencia política*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1969. 238 p.

_____. *Principios de ciencia política*. Madrid: Tecnos, 1969. 290 p.

_____. *Principios de ciencia política*. Madrid: Tecnos, 1971. 215 p.

_____. *Curso de derecho político,* Vol. I. 2. ed., 3. rp. Madrid: Tecnos, 1989. 444 p.

_____. *Curso de derecho político,* Vol. II. 3. ed., 1. rp. Madrid: Tecnos, 1983. 726 p.

_____. *Curso de derecho político,* Vol. IV. 1. ed., Madrid: Tecnos, 1984. 875 p.

WATTS, Ronald L. *Sistemas federales comparados*. Madrid: Marcial Pons, 2006. 265 p.

WEBER, Max. *Economia y sociedad, esbozo de sociologia comprensiva.* 3. reimp. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1977. 2 vol., 1237 p.

WOLFF, Francis. *Aristóteles e a política.* 2. ed. São Paulo: Discurso Editorial, 2001.

ZAFRA VALVERDE, José. *Poder y poderes*. Pamplona: EUNSA, 1975. 202 p.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Lisboa: Gulbenkian, 1984. 290 p.

1 Professor Titular de Direito Constitucional e Teoria do Estado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Livre-Docente em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP).

2 CRETELLA JUNIOR; ULHOA CINTRA, 1956. Essa univocidade semântica não impediu que, na linguagem ordinária, surgisse um significado mais suave para o termo *regime*, a saber, um *modo de viver* ou um *modo de exercer* uma atividade qualquer, inclusive a de alimentar-se. (Nota do A.)

3 MIRANDA, Jorge, 2002. p. 321-322.

4 A Constituição de 1988 não usa a expressão inteira *regime de governo*. Os Arts. 17 e 127 empregam direto *regime democrático.* Num único dispositivo – o Art. 5º, § 2º – o Texto Maior utiliza, sem qualquer adjetivação, o termo *regime.* (N. do A.)

5 FERREIRA FILHO, 2001, p. XIII e XIV; e 2005, p. 75-78, situando-se na perspectiva francesa e sem curvar-se às opções de nomenclatura reiteradas na Constituição, ensaia uma distinção doutrinária original entre regime, sistema e forma de governo, que se impõe registrar. *Regime* corresponderia ao estudo da dimensão fática do poder (letra *a* deste parágrafo), levando a uma *tipologia* quanto ao modo de a ordem política ser vivida na realidade. *Sistema* diria respeito ao estudo da dimensão valorativa do poder (letra *b*), conduzindo a uma *classificação* quanto à essência das ordens políticas passíveis de institucionalização. E *forma de governo* cuidaria do estudo da dimensão normativa ou jurídica do poder (letra *c*), produzindo *modelos* de organização institucional.

6 HERODOTUS, 1980. p. 80-82. A classificação era corrente no mundo grego antigo.

7 PLATON, 1972. p. 655-827, p. 1049-1057. O debate dos regimes ocorre basicamente nos livros IV, VIII e IX da *República*, e no livro do *Político.*

8 PLATON, *La republica*, 1972. Livros IV, 445 c-d, p. 739; VIII, 544 b–c, 547 c-e, 549 a, 550 a, 551 a, 553 b-c, e 557 b, 565.

9 PLATON, *El Político, 1972*, p. 291-293, p. 1085-1086.

10 *Id*., *ib*., 302 c, p. 1084.

11 PLATON, 1972, 302 c: “A monarquia, limitada por boas normas escritas, que denominamos leis, é a melhor das seis constituições; porém, sem leis, é a que faz a vida mais penosa e insuportável.”

12 MACINTYRE, 1991, p. 41-160, vem se dedicando ao estudo da concepção grega de justiça e de racionalidade, comparando-a com outras tradições. “PLATÃO (...) propõe um esquema da primeira justificação teórica sistemática dos bens de excelência, por oposição aos bens de eficácia” (*op. cit*., p. 86).

13 PLATÃO, 1972, p. 738-9. Aí se lê: “Portanto, só nos resta investigar se é conveniente sermos justos, agir honradamente e nos consagrarmos à justiça (independentemente de serem, ou não, nossos atos divulgados) ou, então, cometermos injustiças e sermos injustos, livres do medo de sermos castigados ou de sermos forçados a melhorar de conduta. — Quanto a mim, Sócrates, acho ridículo que nos detenhamos nesta investigação. Se cremos que, uma vez destruída a natureza do corpo, é impossível viver, mesmo possuindo todos os alimentos e bebidas, bem assim toda a espécie de riquezas e de poder, como admitiremos a perturbação e a corrupção da natureza, daquilo com o que vivemos, só para mantermos a faculdade de fazer tudo quanto desejamos (à exceção, é claro, daquilo que possa nos libertar do vício e nos ajudar a adquirir justiça e virtude)? Isso é o que parece, supondo que as coisas ocorrem tal como temos dito. — Com efeito, é realmente ridículo — disse eu — pois chegamos a um ponto em que meridianamente se nos manifesta essa verdade. Talvez não seja, mesmo, lícito que nos detenhamos aqui. — Espera um momento — disse — para te dares conta de sob quantas formas se apresenta o vício, pelo menos segundo eu o entendo, e quais são aquelas dignas de consideração. — Eu te sigo. Continues falando. — Pois bem — acrescentei. Nesta altura da discussão, contemplamos — como de um mirante — a forma única da virtude e as inumeráveis formas assumidas pelo vício. Podemos precisar as quatro espécies deste, que merecem nosso exame. — Que queres dizer? perguntou. — Quero dizer que os modos da alma guardam justa relação com os modos do governo. — E quantos são? Cinco, disse, tanto numa como na outra esfera. — Pois, então, enumere, pediu. — Eu digo que é uma a forma de governo à qual nos temos referido, embora possa receber duas denominações: quando há um homem só que sobressai entre os demais governantes, chamar-se-á monarquia, e, se são muitos, aristocracia. — Dizes a verdade. — Porém isso em nada impede que diga que a forma de governo seja única. Porque, seja um ou sejam muitos os que governem, não se alterarão as leis fundamentais da cidade, se se mantiverem a educação e a instrução de que falamos.”

14 MACINTYRE, 1991, Cap. VI, p. 102-116.

15 ARISTÓTELES, 1998, p. 211, *Política* 1279 a, 25-30: “Quando o único, ou os poucos, ou os muitos, governam em vista do interesse comum, esses regimes (a monarquia, a aristocracia e a *politeia*) serão necessariamente retos. Os regimes em que se governa em vista do único, dos poucos, ou dos muitos são transviados (a tirania, a oligarquia e a democracia).”

16 ARISTÓTELES, 1998, p. 53, *Política* 1252 b, 30, e 1253 a, p. 53. Aí se lê: “A cidade, enfim, é uma comunidade completa, formada a partir de várias aldeias e que, por assim dizer, atinge o máximo de autossuficiência. Formada a princípio para preservar a vida, a cidade subsiste para assegurar a vida boa. É por isso que toda a cidade existe por natureza, se as comunidades primeiras assim o foram. A cidade é o fim destas, e a natureza de uma coisa é o seu fim, já que, sempre que o processo de gênese de uma coisa se encontre completo, é a isso que chamamos a sua natureza, seja de um homem, de um cavalo, ou de uma casa. Além disso, a causa final, o fim de uma coisa, é o seu melhor bem, e a autossuficiência é, simultaneamente, um fim e o melhor dos bens”.

17 MACINTYRE, 1991, p. 115, registra que, para Aristóteles, a ética é um ramo da política. Isso é ignorado por aqueles que discutem a *Ética a Nicômaco* independentemente da *Política*, o que acaba distorcendo a compreensão dos dois livros.

18 BARZOTTO, Luiz Fernando, 2003, *passim,* elabora uma belíssima explanação deste tema.

19 MACINTYRE, 1991. p. 139-160, descreve claramente como opera a razão prática em Aristóteles.

20 WOLFF, 2001. p. 111; ARISTÓTELES, 1998. p. 211, 1279 a, 35-40.

21 ARISTÓTELES, 1998. p. 211.

22 Assim começam: *“*Dado que *regime* e *governo* significam a mesma coisa, sendo o *governo* o elemento supremo em cada *polis*, necessariamente serão supremos ou um indivíduo, ou poucos, ou muitos.”

23 Salvo, *possivelmente*, a *tirania*. Esta (analogamente ao que ocorre, no mundo atual, com o totalitarismo em relação à democracia) é a própria *negação* da *politeia*. Eis o texto: “Não deixa de ser acertado colocar a tirania em último lugar, uma vez que, de entre todos os regimes, é ela a que menos se pode chamar de regime constitucional” (ARISTÓTELES, 1998, 1293 b, 25-30). Cf. também as observações sobre a “tirania concebida de modo absoluto” (ARISTÓTELES, 1998, 1295 a, 20). Ver os lúcidos comentários de BARZOTTO, 2003, p. 31.

24 “A monarquia, regime que autores da magnitude de um Kelsen e um Bobbio afirmam que é o preferido de Aristóteles, na verdade, não passa de hipótese irrealizável” (BARZOTTO, 2003. p. 30).

25 E segue o mestre: ”Apesar de ser esta a maneira mais corrente de captar os aspectos teóricos dos regimes, entendemos que a nossa explicação não deixa de ser a mais verdadeira e a melhor: existem uma ou duas formas bem constituídas de regime, enquanto as restantes resultam de um desvio, quer esse desvio ocorra no plano de uma harmonia bem entoada, quer em relação ao regime mais bem constituído, onde as formas mais duras e despósticas de governo são as oligárquicas, ao passo que as democráticas se apresentam como as mais brandas e relaxadas.” (ARISTÓTELES, 1998, 1290 a, 10-30).

26 ARISTÓTELES, 1998, 1281 b, 1-10, diz tudo*:* “Com efeito, os muitos são indivíduos que, separadamente, não têm qualidades; mas, quando (...) reunidos, podem ser melhores do que os poucos com valor, desde que não (sejam) considerados individualmente, mas em conjunto. (...) Como são muitos, cada um pode contribuir com o seu quinhão de virtude e prudência; e quando todos se reúnem, a multidão torna-se como

um só indivíduo com muitos pés, muitas mãos e muitos sentidos, podendo também ter muitas qualidades de caráter e inteligência."

27 WOLFF, 1991. p. 137-8, comentando esses textos, diz: "Que poderes conceder ao povo?, pergunta-se Aristóteles. Resposta: aqueles que podem e devem se exercer coletivamente, ou seja, os poderes de deliberar e de julgar (...). Para deliberar e julgar da melhor maneira, a multiplicidade dos pontos de vista é requerida, compensada pela unidade do corpo da assembleia. A assembleia do povo é justamente essa unidade de uma multiplicidade. A pluralidade de opiniões pode realmente paralisar a ação ou tornar a administração incoerente, mas enriquece a deliberação e o julgamento. Porque o conjunto do povo tem superioridade sobre cada um dos indivíduos que o compõem, se considerado 'coletivamente'".

28 ARISTÓTELES, 1998. 1275 a, 20; 1275 b, 20.

29 ARISTÓTELES, 1998. 1248 a, 5-15.

30 "Com efeito, a realeza é um poder que tem de ser livremente consentido (como todo regime reto), e que deve intervir de forma suprema em questões de máxima importância. Ora o que se passa na atualidade é que, sendo a grande massa dos cidadãos homogênea, ninguém se destaca tanto para estar à altura da grandeza e da dignidade do cargo régio. Por isso, os cidadãos não aceitam de bom grado a realeza: se alguém a conquista por astúcia ou violência, já parece tratar-se de uma tirania" (1998, 1313, 5, p. 415).

31 A observação é de DEMONGEOT, 1937. p. 208.

32 ARISTÓTELES, 1988. Livro VI, 1317 e ss.

33 Indicando a classe média como o pilar da *politeia* (regime constitucional), Aristóteles pensa nas condições socioeconômicas ideais ao exercício da razão (BARZOTTO, 2003. p. 38). Eis o texto do Estagirita: "A riqueza mediana é a melhor de todas porque é a que mais facilmente obedece aos ditames da razão. Pelo contrário, a beleza excessiva, a força extrema, a linhagem inigualável, a riqueza desmedida, ou os respectivos opostos (...) têm dificuldade em seguir a voz da razão" (ARISTÓTELES, 1998. 1295 b, 5, p. 311).

34 No Livro IV da *Política*, Aristóteles distingue, de outro modo, as *constituições simples* das *constituições mistas*. Nas primeiras (tirania, oligarquia e democracia), o *poder* está depositado num único elemento da tríade política. Por isso, são *perversas;* seu exercício permanece incontrastado; não reconhece limites na lei; e tende ao interesse do governante, em detrimento do interesse público. Nas segundas (*monarquia*, *aristocracia* e *politeia*), os três elementos se combinam e se equilibram, atuando em concerto, limitando-se entre si; por isso são essencialmente *legítimas*. O poder, deste modo, passa a localizar-se na própria lei constitucional, a qual, por sua vez, repousa no consentimento dos cidadãos. Aí também se lê: "Onde as leis não são soberanas, não há constituição" (1998. 1292 a).

35 POLÍBIO, 1996, *passim*.

36 BOBBIO. *A teoria das formas de governo*. 2. ed. Ed. UnB, 1980. 169 p.

37 GALVÃO, Ramiz, 1909. p. 420, põe sua origem: de óχλος, palavra grega para multidão, populaça, plebe.

38 "Cada constituição contém uma enfermidade congênita e dela inseparável que a conduz, no devido tempo, à sua corrupção e à sua substituição pela forma degenerada correspondente: assim, o *reino*, ou a *monarquia*, degenera em *despotismo*, ou *tirania*; a *aristocracia*, em *oligarquia*; e a *democracia*, em *oclocracia*". Cf. *Políbio*, 1996, VI, 10.

39 V. BOBBIO, 1980. p. 55-63. SABINE, 1989. p. 152-3, veio a escrever: "Seu governo misto não é, como o de Aristóteles, um equilíbrio de classes sociais, mas de poderes políticos. Aqui ele provavelmente inspirou-se no princípio romano da colegialidade, pelo qual qualquer magistrado poderia impor um *veto*, travando a ação de outro de igual ou

menor *imperium.* Políbio, assim, deu ao governo misto a forma de um sistema de pesos e contrapesos, a ideia que passaria a Montesquieu e aos fundadores da Constituição americana".

40 "Está claro, de fato, que precisamos considerar ótima a constituição que reúne as características de todas as três formas" (POLÍBIO, 1996, Cap. VI, 3).

41 Políbio está se referindo às leis e às instituições que Licurgo elaborara para Esparta, o paradigma da constituição mista, na qual "sempre que um dos elementos do Estado excede seus limites estabelecidos e tenta invadir o domínio dos outros, assumindo maior poder do que lhe é devido, é freado pelo fato de que, nela, nenhum dos elementos pode chegar a qualquer resultado sem o concurso dos outros e de que, portanto, os desígnios de cada um podem ser contrastados ou obstruídos pelos outros, daí resultando que ninguém pode efetivamente exceder seus limites e desvencilhar-se dos demais. Assim, cada elemento, ao tentar expandir o seu poder, é freado desde o início pelos demais" (*Id*., *ib*., VI, 18).

42 É o que nos diz KURT VON FRITZ, 1958, *passim*.

43 BOBBIO, 1980. p. 67.

44 CASANOVA, Gonzales, 1982. p. 83-85, foi quem propôs a tese, que dá muito o que pensar: "A Escolástica não foi a ideologia dos senhores feudais. Nas cidades livres, a burguesia revolucionava a mentalidade cavalheiresca com o sentido renovador do negócio e da riqueza. A Escolática aristotélica da Universidade de Paris, ao introduzir a ciência política tomista no reduto teocrático e feudal, vai cooperar com o futuro auge do *direito romano*, no ambiente de uma burguesia de negócios que busca, com o individualismo e a perfeição técnica daquele, o instrumento que fixe as relações sociais do capitalismo em gestação. Com a ciência política aristotélica – que implica toda uma filosofia da natureza – e com o direito romano, os clérigos e os burgueses vão encontrar a fórmula sintética que conclui o processo ascendente e criador da Idade Média: os Estados Nacionais. (...) O Estado Nacional tem em Tomás de Aquino um precursor, ancorado ainda na transcendência, mas liberado dela".

45 Cf. HELLER, 1968. p. 158-159: "A denominação de *Estado Medieval* é mais que duvidosa. (...) É patente o fato de que, durante meio milênio, na Idade Média, não existiu o Estado no sentido de uma unidade de dominação, independentemente no exterior e interior, que atuasse de modo contínuo com meios de poder próprios, e claramente delimitada pessoal e territorialmente". Cf. também CASANOVA, Gonzales, 1982. p. 70: "Fique claro que a significação atual do termo 'Estado', que coincide com a de *polis, civitas* ou *respublica*, no sentido total, plenário e *perfeito* de uma comunidade humana ideal máxima, não se produz no Ocidente até o século XVI".

46 Escreveu-se em outro local (SOUZA JUNIOR, 2000. p. 27): "A monarquia feudal conheceu o máximo possível de descentralização, diríamos hoje, de subsidiariedade. A imensa maioria das pessoas levava suas vidas num círculo territorial muito estreito. A Justiça, a administração e a solidariedade social eram prestadas no plano local. E, no plano local, a subsidiariedade podia operar na sua extensão máxima, pois os que se envolviam com a tomada das decisões eram os mesmos que sofriam seus efeitos. As pessoas, na rede de suas instituições privadas próximas (famílias, comunidades religiosas, vilas, em suma, na unidade feudal autossuficiente), e por meio do direito privado que lhes era próprio, podiam cuidar e cuidavam, diretamente, do bem comum daquela coletividade bastante em si (cuja realização – finalidade do público – define a política enquanto atividade). Neste círculo, a política e o público (que buscam o bem comum da coletividade autossuficiente) se efetivam na vida natural das instituições sociais e por meio do direito privado. *Grosso modo,* em sociedade como essa, cuidando-se dos interesses privados cuidava-se, também e ao mesmo tempo, quase sem sentir, do

interesse público". CASANOVA, Gonzales, 1982. p. 79, confirma: "A fusão do privado e do público caracterizam, pois, o direito e a política medievais".

47 Como já examinado.

48 Demonstrou-o com erudição TORRES, J. C. de O., 1989. p. 31, 38, nesses termos: "A abstração do Estado moderno — entendida como separação e especialização de um centro de poder com relação ao corpo dos cidadãos — é, portanto, para B. Constant como para Hegel, o traço essencial da política moderna. A formação do Estado moderno é uma inovação histórica tão radical e profunda quanto o processo de desenvolvimento capitalista e de constituição da sociedade civil-burguesa".

49 Cf. as sínteses de FINER, S. E., 1997. p. 1261 e ss.

50 Depois de mostrar os diferentes modos como Maquiavel tem sido apresentado (cínico, patriota, nacionalista, jesuíta, democrata, adulador de déspotas...), completa Sabine (1989. p. 328): "Talvez haja um pouco de verdade em cada uma dessas visões, apesar das incompatibilidades. Entretanto, nenhuma delas nos dá um retrato completo, seja de sua pessoa, seja de seu pensamento. Este é o de um verdadeiro empírico, fruto de um amplo espectro de observação política e de leituras de história. Falta-lhe, porém, um sistema geral de ideias no qual compor suas observações".

51 MAQUIAVEL, 1979b. p. 39.

52 MAQUIAVEL, 1979a. p. 23-27.

53 É o que diz BOBBIO, 1980. p. 73.

54 A classificação geral em *O Príncipe* e a (sub)classificação nos *Discorsi* (Nota do A.)

55 Nos tempos de Montesquieu, pensava-se ainda da forma seguinte: "É da natureza de uma república que ela tenha somente um pequeno território; sem o que ela não pode subsistir. Numa grande república, há grandes fortunas e, por consequência, pouca moderação nos espíritos: há incumbências (*dépots*) demasiadamente grandes para serem postas nas mãos de um cidadão. Os interesses particularizam-se. Um homem sente logo que ele pode ser feliz, grande, glorioso, sem sua pátria; e, em seguida, que ele pode ser o maiorial, sozinho, sobre as ruínas de sua pátria. Numa grande república, o bem comum é sacrificado a mil considerações. Está submetido a exceções. Depende dos acidentes. Em uma pequena, o bem comum é melhor sentido, melhor conhecido, mais próximo de cada cidadão. Os abusos são menos extensos e, em consequência, mais fáceis de serem eliminados" (MONTESQUIEU, 1877. p. 250-251).

56 "Para descrever as formas que assumiu o governo em Roma e o conjunto de circunstâncias que o levaram à perfeição (...), lembrarei que há três espécies de governo: o monárquico, o aristocrático e o popular; os que pretendem estabelecer a ordem *numa cidade* devem escolher, dentre estas três, a que melhor convém aos seus objetivos" (MAQUIAVEL, 1979a. p. 24. A ênfase é nossa).

57 E que talvez explique, pelo menos em boa parte, sua má vontade para com a Igreja: "Deve-se (...) à Igreja outra fonte da nossa ruína: ela tem promovido incessantemente a divisão neste malfadado país – e ainda a promove. Com efeito, só há união e felicidade nos Estados sujeitos a um governo único e a um só príncipe, como a França e a Espanha. A razão por que a Itália não se encontra na mesma situação desses dois países, não possuindo um governo único, monárquico ou republicano, é exclusivamente a Igreja, a qual, tendo possuído e saboreado o poder temporal, não tem contudo a força suficiente, nem a coragem bastante, para se apossar do resto do país, tornando-se dele soberana. Por outro lado, se a Igreja nunca foi tão forte para poder ocupar toda a Itália, não permitiu que qualquer outro país dela se apossasse; fez assim com que esta nação não se pudesse reunir sob um só chefe, mantendo-se dividida entre vários príncipes ou senhores. Daí a desunião, e a fraqueza, que a reduziram a presa não só de bárbaros ferozes, mas do primeiro que quisesse atacá-la" (MAQUIAVEL, 1979a. p. 62-63).

58 E extravasa na peroração final, Cap. XXVI de *O Príncipe* (MAQUIAVEL, 1979b. p. 83-86).

59 “Somente mediante a monarquia pode-se instaurar uma ordem (onde existam classes ociosas e nunca houve governo regular). A razão é a seguinte: onde há tantos motivos de corrupção, a lei não é mais do que um fraco obstáculo, sendo preciso apoiá-la com uma força mais difícil de resistir. Esta força reside no pulso forte de um rei; só seu poder absoluto e incontrastado pode pôr um freio à excessiva ambição e à corrupção dos poderosos” (MAQUIAVEL, 1979a. p. 177). Por outro lado, a república seria superior para uma ordem já fundada e para os Estados sustentados pela prática da virtude: “Se os príncipes mostram-se superiores ao povo para criar leis, dar uma constituição e estabelecer novas instituições, os povos são superiores para manter a ordem estabelecida, com o que acrescentam à glória dos seus legisladores” (MAQUIAVEL, 1979a. p. 186; ainda p. 204 e 207). É admirável, neste ponto, o tratamento que, à matéria, dá PIOTTE, J.M., 1999. p. 123-135.

60 A expressão técnica atualmente mais usada é *formas de Estado*. (N. do A.)

61 A expressão técnica atualmente mais usada é *formas de governo*. (N. do A.)

62 As ligas ou confederações que uniram cidades-Estados gregas foram sempre transitórias e para fins específicos, e nunca importaram perda ou renúncia de soberania. (N. do A.)

63 N’*O Príncipe,* Maquiavel distingue dois tipos de principado (enquanto forma de Estado): os hereditários e os novos principados. Os primeiros subdividem-se em principados sem intermediários (a monarquia despótica) e os principados com intermediários (monarquia não despótica). Os novos principados, por seu turno, separam-se em quatro subespécies, consoante o poder seja conquistado pela *virtù* (a eficácia política), pela *fortuna* (a influência das circunstâncias), pela violência ou pelo consentimento dos cidadãos.

64 MONTESQUIEU, 1877. Livro IX, Cap. I e II, p. 253-254, foi o primeiro grande teorizador da república federativa.

65 Maquiavel, opondo-se a Políbio, acentua o aspecto negativo das constituições ditas boas, praticamente equiparando-as com as más, de modo a deslocar a questão da virtude ética para a eficiência política: “Para mim, todas estas formas de governo são igualmente desvantajosas: as primeiras, porque não podem durar; as três outras, pelo próprio princípio de corrupção que contêm” (MAQUIAVEL, 1979a. p. 24 e 26).

66 Como se vê aqui, a finalidade do Estado está nele mesmo: sua consolidação (solidez) e sua preservação (estabilidade). Nos principados, é dever do príncipe realizá-la. Ora, o critério para julgar a qualidade “boa” ou “má” da forma de governo, ou da ação do príncipe, está pura e simplesmente no êxito em alcançar os resultados, vale dizer, na *eficiência*. Afirma-o Maquiavel sem rebuços, para causar escândalo: “Na conduta dos homens, especialmente dos príncipes, da qual não há recurso, os fins justificam os meios. Portanto, se um príncipe conquistar e mantiver um Estado, os meios que empregar serão sempre tidos como honrosos, e elogiados por todos, pois o vulgo se deixa sempre levar pelas aparências e os resultados” (MAQUIAVEL, 1979b. p. 143).

67 A expressão é de CHEVALLIER, J. J., 1982. p. 52.·V. também TRUYOL y SERRA, 1975. t. 2, p. 148.

68 Ensinava LOEWENSTEIN, 1970. p. 30-31: “A chave para chegar a uma útil diferenciação entre os distintos sistemas políticos se encontra nas diversas ideologias e nas instituições típicas que lhes correspondem e por meio da qual funciona cada sociedade estatal concreta. Todos os sistemas políticos estão montados necessariamente sobre determinadas instituições e ideologias”.

69 BODIN, 1583. p. 122 e ss., Liv. I, Ch. VIII: “República é um reto governo de vários lares

e daquilo que lhes é comum, com poder soberano" (Trad. do A.).

70 "O supremo poder sobre cidadãos e súditos não limitado pelas leis" (BODIN, 1583. p. 122 e ss.)

71 BODIN, 1583. p. 131.

72 CHEVALLIER, 1982. p. 51.

73 "Porque há muita diferença entre o *estado* e o *governo*: trata-se de um 'segredo político' que ainda não foi comunicado a ninguém (*une règle de police que n'a point touchée de personne*). O Estado pode ser monárquico, mas ser governado popularmente..." (BODIN, 1583, L.II, Ch. 2. p. 272). A tradução (discutível, aliás) de *règle de police* por *segredo político* está em BOBBIO, 1980. p. 89.

74 PRÉLOT, Marcel, 1970. p. 281-286, escrevendo sobre essa distinção de Bodin, nos diz que ela "abriu as portas para o sistema de governo ministerial, que acabou adotado. Bodin não pronunciou a palavra, mas pode-se já utilizá-la. Poder-se-ia mesmo antecipar, mais radicalmente ainda, a monarquia parlamentar, onde 'o rei reina e não governa', embora aos olhos de alguns, (o rei) continue soberano" (Trad. do A.).

75 Como concluiu CASANOVA, Gonzales, 1982. p. 91, a soberania em Bodin – não sendo atributo de alguém em concreto – é, antes, uma situação ou posição (de *majestas*) de alguém frente a outros. Essa situação ou posição, possuindo natureza formal, não requer necessariamente poder substantivo ou efetivo. Só não concordamos quando ele afirmou que se trata de uma *ficção* ou de uma *fantasia operativa.*

76 Entretanto, ocorreu um importantíssimo câmbio de termos. As opções possíveis quanto ao modo de organizar a titularidade formal da chefia do Estado (entre elas as monarquias e as repúblicas) hoje, em todo o mundo, tende-se a denominar *formas de governo*. Já as alternativas quanto ao modo de organizar, operar e responsabilizar os governos, hoje tende-se a denominar *sistemas de governo*). A expressão *forma de Estado* vem sendo reservada à organização territorial do poder, p. ex., a federação. (Nota do A.)

77 A combinação das formas políticas é discutida por Bodin, no Livro II, que trata "de todas as espécies de repúblicas em geral e se há mais de três" (BODIN, 1583. esp. p. 251-341).

78 BODIN, 1853. p. 251-252; 279; 287; 311.

79 Montesquieu é um dos precursores da sociologia do direito. Cf. TREVES, 1988. p. 15-17.

80 O reconhecimento é universal. Por todos, BOBBIO, 1980. p. 117-119.

81 Esse critério de classificação foi criado por BODIN sob o título de "natureza do governo". (N. do A.)

82 "É da natureza de uma república que tenha de fato um pequeno território. Sem isso ela não pode de modo algum subsistir. (...) Em uma grande república o bem comum é sacrificado a mil considerações." MONTESQUIEU, 1877. p. 250, Liv. VIII, Ch. XVI.

83 MONTESQUIEU, 1877. p. 250, Liv. VIII, Ch. XVI, acrescentava: "Sem circunstâncias particulares (como quando um pequeno soberano se mantém precariamente entre dois grandes Estados, em virtude dos ciúmes recíprocos), é difícil que governo não republicano possa subsistir em uma cidade-Estado (*une seul ville*)." Ademais, a própria monarquia tem seus limites de extensão territorial: "se ela for muito extensa, os maiorais do Estado (...) poderão cessar de obedecer, pois não temeriam punição, muito lenta e vinda de muito longe" (MONTESQUIEU, 1877. p. 251, Liv. VIII, Ch. XVII).

84 Seria acaso o fato de, só aí, na *república*, referir-se Montesquieu a *poder soberano*? (N. do A.)

85 MONTESQUIEU, 1877. p. 193. Esse parágrafo inicia o Livro II, Cap. I (*Da natureza dos três diversos governos*). Montesquieu subdivide a república em democrática ou aristocrática, conforme o poder soberano esteja no povo *en corps* ou nas mãos de uma parte do povo. (Trad. do A.)

86 Por todos, BOBBIO, 1980. p. 121-122.
87 MONTESQUIEU, 1877. p. 253, correspondendo ao Liv. IX, Ch. I. A república federativa combinaria a vantagem da república no plano local (ou seja, a democracia) e, por meio da federação, a vantagem da monarquia no plano nacional (qual seja, exército poderoso para garantir a segurança externa).
88 MONTESQUIEU, 1877. p. 247-248, Liv. VIII, Ch. VIII. BOBBIO, 1980. p. 125 e ss., considera que essa segunda classificação de Montesquieu corresponde a um uso prescritivo, se comparada ao caráter sistemático e historiográfico da primeira. Discordamos: a nós parece que essa segunda também tem caráter sistemático.
89 Cívico aqui é o mesmo que político. “Para entender os quatro primeiros livros desta obra (*O espírito das leis*) é preciso observar primeiro que aquilo que denomino de virtude na república é o amor à pátria, quer dizer, o amor à igualdade. Não é uma virtude moral, nem uma virtude cristã, é a virtude política; e essa é a mola que faz mover o governo republicano, como a honra é a mola que move a monarquia. (...) O homem de bem de que se fala no Livro III, Cap. V, não é o homem de bem cristão, mas o homem de bem político, que tem a virtude política de que falei” (MONTESQUIEU, 1877. p. 189-190, Advertência).
90 MONTESQUIEU, 1877. p. 189.
91 MONTESQUIEU, 1877. p. 190 e 200.
92 MONTESQUIEU, 1877. p. 201 e 202.
93 *A contrario sensu*, MONTESQUIEU, 1877, p. 204, Liv. III, Ch. XI.
94 MONTESQUIEU, 1877. p. 245-248, é o tema de todo o Livro VIII.
95 MONTESQUIEU, 1877. p. 248, Liv. VIII, Ch. X.
96 MONTESQUIEU, 1877. p. 247, Liv. VIII, Ch. VIII, excluía desse conjunto os povos europeus governados por costumes que, aliados ao clima, oferecem proteção ao abuso do poder e à violência.
97 MONTESQUIEU, 1877. p. 222, Liv. V, Ch. XIV.
98 MONTESQUIEU, 1877. p. 265, Liv. XI, Ch. VI.
99 Ainda que esse critério (desdobrando-se em seis formas distintas de organizar a *polis*) utilizasse dois elementos distintos, um numérico e outro finalístico, os dois articulavam-se entre si, graças à sua concepção da razão prática. Maquiavel autonomizou de vez o critério político do critério ético (N. do A.).
100 A declaração de independência é de 1776 e a Constituição, de 17 de setembro de 1787. (N. do A.)
101 “Cuando Suiza, em 1848, se transformó en un Estado federal, declararon las nuevas potencias que sólo reconocerían esta transformación quando fuese unanimemente consentida por los cantones. La constitución fué puesta em vigor después de haber sido aceptada por quince cantones y medio” (JELLINEK, 1970. p. 583).
102 Cf. o Art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789.
103 O clássico do pensamento dos fundadores são os artigos d’*O federalista* (HAMILTON *et al*. 1959).
104 As instituições americanas não vão influir somente sobre a América Ibérica ou a França. Na Alemanha, o maior dos publicistas liberais do período anterior a 1848, Robert von Mohl, sofreu grande influência do constitucionalismo norte-americano (cf. artigo de DIETZE, 1964. p. 187-212).
105 Ver DIEZ DEL CORRAL, 1973, *passim*.
106 Aliás, este o nome de sua obra maior: *Cours de politique constitutionnelle*. 2. ed. Paris: Guillaumin, 1872 (com introdução e notas de Edouard Laboulaye). 2 v.
107 Na valorização dos arranjos constitucionais, Constant lembra Montesquieu. “Eu creio”, escreveu, “que minha obra tem uma vantagem: ela demonstra que a liberdade pode

existir plena e inteira sob uma monarquia constitucional" (CONSTANT, 1872. p. 173).

108 PRELOT, 1970. p. 455, enfatizando a contribuição de GUIZOT.

109 SARTORI, 1987. II, p. 372.

110 SARTORI, 1987, II, p. 372-373. Acrescenta, em nota, à p. 395: "Observe-se que o termo 'socialismo' tinha, à época, uma implicação política, antes de econômica, e significava uma declaração de guerra contra o liberalismo, ou seja, uma drástica reivindicação da prioridade do Estado sobre o indivíduo."

111 TOCQUEVILLE, 1981. II, p. 385.

112 PRELOT, 1970. p. 466.

113 O balanço é, em seu conjunto, muito favorável ao sistema inglês (*Id*., *ib*. p. 295 e ss.).

114 BAGEHOT, 1955. p. 14 e ss., 24 e ss., e 28. De passagem, à p. 179, esse autor classifica as "formas de governo" em quatro: parlamentar, presidencial, hereditária (a monarquia sem o parlamentarismo) e a ditatorial (ou revolucionária). O termo *sistema* para as duas primeiras formas, que Bagehot emprega do início ao fim em seu trabalho, tornou-se definitivo nesta matéria.

115 BAGEHOT, 1955. p. 311, assim conclui seu precioso livro: "The practical choice of first-rate nations is between the Presidential Government and the Parliamentary; no State can be first-rate which has not a Government by discussion, and those are the only two existing species of that Government. It is between them that a nation, which has to choose its Government, must choose."

116 BAGEHOT, 1955. p. 258, nota 1.

117 BAGEHOT, 1955. p. 295-299, nas quais se lê: "No one can any longer doubt the possibility of a republica in which the Executive and the Legislative authorities were united and fixed; no one can assert such union to be the incommunicable attribute of a Constitutional Monarchy."

118 Esse, o pensamento de De Gaulle, na intervenção de 1958, que culminou com uma nova Constituição. Os sistemas que seguem essa linha têm sido apelidados, a nosso ver inadequadamente, de "semipresidenciais" (N. do A.).

119 HAMILTON, Alexander *et al*, 1959, *passim*.

120 TOCQUEVILLE, 1981, *passim*.

121 Por iniciativa de Guizot e teve, como primeiro professor, o italiano Pellegrino Rossi, de cujo magistério resultou o primeiro Curso de Direito Constitucional.

122 ESMEIN & NÉZARD, 1927. p. 4 e ss. e 27 e ss.

123 HAURIOU, 1927. p. 356 e ss.; 389 e ss.; 423 e ss.; 270 e ss. Lei Constitucional de 1884 introduziu uma cláusula no direito positivo francês, que tem permanecido desde então: "Não poderá ser objeto de revisão a forma republicana de governo". Hauriou foi o precursor na ideia dos sistemas mistos, que combinam o governo parlamentar com o governo presidencial. (p. 408-9).

124 DUGUIT, 1928. Tomo II, §§ 12 e 13.

125 DUGUIT, 1928. Tomo II, §§ 47 e 48.

126 DUGUIT, 1928. Tomo II, § 48, p. 787, e § 50.

127 JELLINEK, 1970. p. 504.

128 JELLINEK, 1970. p. 518 e 537, traz, como exemplos, a Constituição monárquica francesa de 3.9.1791 e a do Império Alemão. Naquela, a soberania residia no *corps legislatif;* nesta, não na individualidade do *Kaiser*, mas no *collegium* dos Estados-membros do *Reich*.

129 JELLINEK, 1970. p. 523-541.

130 JELLINEK, 1970. Cap. XIX (p. 473 e ss.) e Cap. XXI (p. 555 e ss.).

131 WEBER, 1977. p. 43-45 e p.170-204. Esses três fatores, para ele, não se excluem. O ideal mesmo é que os três se combinem entre si, produzindo, assim, a legitimidade maior

possível da autoridade.

132 WEBER, 1977. p. 237 e 238.

133 Adolfo González Posada y Biesca, doutor aos 20, aos 23 assume a cátedra de Direito Político em Oviedo (terra natal) e, aos 58, a cátedra de Direito Político em Madrid. Em 1884 saem os *Princípios de Direito Político* e em 1893, sete anos antes de Jellinek, o *Tratado de derecho politico,* reescrito em 1935. (Nota do A.)

134 POSADA, 1935. Tomo I, Livro VII, Capítulos I, II e III. p. 469-567.

135 Em alemão o livro é conhecido por *Hauptprobleme* e é de 1911. KELSEN, 1987, *passim*.

136 KELSEN, 1934. p. 337 e ss., p. 408 e ss, p. 464-470; 1938. p. 137 e ss.; 1969. p. 33, p. 360 e ss; 1970. p. 414-416. A preocupação com a democracia evidenciou-se, também, em obra, tantas vezes reeditada, de KELSEN, 1974. p. 11-130; e em sua tese sobre o Tribunal Constitucional, 1981. p. 143-228; e 1969. p. 214 e ss., e p. 254 e ss.

137 KELSEN, 1969. p. 335-386.

138 É a tese de HEUSCHLING, 2002. p. 117 e ss., e 126 e ss.

139 FERREIRA FILHO, 1972. p. 1; 2005, p. 98, o professor constata a atual *unanimidade democrática*.

140 Surgiu um capítulo novo na ciência política e na teoria do Estado devotado, primeiro, aos regimes totalitários, estendendo-se, depois, aos regimes autoritários. Entre os precursores do estudo do totalitarismo estão FRIEDRICH, Carl; BRZEZINSKI, Z., 1956. 346 p. Os estudos do autoritarismo, depois de Loewenstein, tiveram grande avanço a partir de LINZ, J. J., 1970. p. 251-381; e de GREENTEIN, F.; POLSBY, Nelson, 1975. p. 175-372.

141 FERREIRA FILHO, 1985. p. 28-29.

142 ARISTÓTELES, 1998. p. 185-189.

143 Cf. POSADA, 1935. p. 564-565. Ver também a preciosa nota do tradutor (Carlos Ruiz del Castillo), In: HAURIOU, 1927. p. 269-270.

144 A matéria é tratada com profundidade, clareza e riqueza de fontes por FERREIRA FILHO, 2001. p. 165-214.

145 Cf. EASTON, 1953, *passim*; ALMOND & POWELL, 1972, *passim*; ALMOND & COLEMAN, 1960, *passim*.

146 Escreveu Verdú: ”Por um lado, a descrição que (a análise sistêmica) faz do funcionamento do sistema político é útil, na medida em que descreve satisfatoriamente o dinamismo político que flui entre o Estado-aparelho e o Estado-comunidade. Entretanto, é menos satisfatória para o estabelecimento de uma tipologia política. Seus critérios teriam de completar-se com um universo de contínuas referências e distinções sociológicas, ideológicas e jurídicas. Somente assim poderia construir uma tipologia ou classificação das formas políticas” (VERDÚ, 1969. p. 79-80, tradução do A.).

147 Nascido em Munich (9/XI/1891), faleceu nos Estados Unidos (10/VII/1973). Estudou em Heidelberg, Berlim e Paris e doutorou-se na cidade natal. Em 1932 viu-se obrigado a emigrar para os Estados Unidos, passando por Yale e fixando-se no famoso Ahmherst College. Seu escrito mais difundido, *Teoria de la Constitución,* é “uma autêntica Teoria Geral do Estado, encaixando-se no ambicioso intento científico que caracterizou a *Allgemeine Staatslehre* e que lhe valeu justa fama: a exposição sistemática da realidade e da ordem político-estatal a partir de alguns princípios” (Informações e texto contidos in *“Constitución y Política”*, apêndice do tradutor à obra em tela: LOEWENSTEIN, 1970. p. 486 e 508/9).

148 Os dois outros terços são dedicados aos controles do poder político: LOEWENSTEIN, 1970. p. 1-146.

149 Em vez de “regimes políticos” (expressão usada por franceses, espanhóis e

brasileiros, entre tantos, e por ele próprio na versão espanhola), Loewenstein utilizou, no original inglês de seu livro, a denominação preferida pelos norte-americanos, que é de fato “sistema político”. Entretanto, o conceito que dá a “sistema político” — alerta o mesmo Loewenstein — nada tem em comum com o conceito empregado por David Easton no clássico intitulado exatamente *The political system* (Nova York, 1953). Cf. LOEWENSTEIN, 1970. p. 30, nota 9. [Nós poderíamos enxergar no conceito proposto por Loewenstein uma visão tridimensional: (I) realidade; (II) instituições (norma); (III) valores. (N. do A.)]

150 “As instituições são o aparelho através do qual se exerce o poder em uma sociedade organizada como Estado; são, portanto, todos os elementos componentes da máquina estatal, quer dizer, em nossos dias, o governo, o parlamento, os tribunais de justiça, a administração pública, a polícia e os sistemas de valores que dão sentido às instituições e determinam o seu *telos*” (Loewenstein, 1970, p. 30).

151 LOEWENSTEIN, 1970. p. 30 e 31.

152 LOEWENSTEIN, 1970. p. 49-50.

153 LOEWENSTEIN, 1970. p. 32; 95-145.

154 O termo *totalitarismo* vem dos anos de 1920, utilizado por Mussolini, na origem, ainda sem conotação pejorativa. Em sentido técnico, quem primeiro trabalhou o conceito foi FRIEDRICH, 1954. Cf. também SCHAPIRO, 1972. p. 143. Já a precedência em distinguir *totalitarismo* de *autoritarismo* (como categorias autônomas de regimes) a discussão é maior. Reivindica-a para si LOEWENSTEIN, 1942. p. 339 e ss.; e 1970. p. 75 e ss.

155 LOEWENSTEIN, 1970. p. 50-51, admite “configurações intermediárias”. E aqui, a bem ver, há que ponderar. Como o próprio Loewenstein reconhece, o regime constitucional (como também o autocrático) é, antes de mais, um modelo-tipo. Pode-se sustentar que há um ideal de regime (o constitucional) que, de tão perfeito (justamente por ser um ideal) não pode existir na realidade. Os regimes reais e concretos, na verdade, ou se aproximam, ou se afastam, do ideal. O problema prático está em fixar a fronteira. Posta esta, os que estiverem para o lado da distribuição do exercício e do controle do poder serão regimes constitucionais; os que estiverem do lado da concentração, autocracias.

156 Cf. Burdeau, 1970. Tomo V. A morfologia política, mormente a questão dos regimes políticos, ocupa lugar privilegiadíssimo nos dez *tomos* de seu monumental *Traité de science politique.* O Tomo V é inteiramente devotado a uma teoria geral dos *Regimes Políticos*. Os Tomos VI-A, VI-B, VII, VIII e IX estudam os regimes em espécie: os dois primeiros são dedicados à dita *democracia governada;* os outros três, à *democracia* dita *governante*. Portanto, seis dos onze *volumes* do *Tratado* são diretamente devotados aos regimes políticos!

157 Antes, Burdeau define forma de Estado como “o poder examinado quanto à sua estrutura”, omitindo a referência a território, que parece fundamental à compreensão do problema (Burdeau, 1970. Tomo II, p. 347-348).

158 “Regime político, em sentido estrito, é praticamente sinônimo de forma de governo; em sentido amplo, engloba o conjunto dos elementos (econômicos, ideológicos e políticos) que influem na vida sociopolítica” (HAMON, 1993. p. 59-71). Na mesma linha, Duverger: “Em sentido amplo, chama-se regime político a forma que, num dado grupo social, assume a distinção entre governantes e governados. Em acepção mais restrita, o termo ‘regime político’ aplica-se tão somente à estrutura governamental de um tipo particular de sociedade humana: a nação”. E mais adiante: “Todo regime político constitui um conjunto de respostas dadas a cada uma das perguntas formuladas pela existência e organização dos órgãos de governo no interior de um grupo social” (DUVERGER, 1966. p. 9 e 11).

159 BURDEAU, 1970. Tomo V, p. 2.

160 BURDEAU, 1970. Tomo V, p. 1 e ss.; p. 95 e ss.; p. 161 e ss.; p. 241 e ss.

161 BURDEAU, 1970. Tomo V, p. 2-4.
162 ARON, 1966, *passim*.
163 Os regimes ocidentais e os regimes comunistas eram, para Burdeau, o resultado de uma mesma dinâmica política que conduz da *democracia governada* à *democracia governante*, existindo entre os dois grupos diferença de grau, mas não tanto, de natureza. Inobstante, Burdeau distinguia o poder *aberto* (os regimes pluralistas ocidentais) do poder *fechado* (os regimes comunistas do período pré-Gorbachev, que qualifica de "monocracias populares"). Por vezes, censurou-se Burdeau, não em ter manifestado complacência para com os regimes marxistas, mas em ter levado longe demais a preocupação com a objetividade, de modo a dar crédito a afirmações de pura propaganda. (As observações desta nota são de HAMON, 1993. p. 68 e 69).
164 Essa classificação não está imune a críticas, que, de qualquer modo, escapam do âmbito do presente trabalho. Cf. HAMON, 1993, p. 61-64.
165 Essa definição é de MORTATI, 1973, *passim*. Cf. PIZZORUSSO, 1984. p. 17, e ainda BISCARETTI, 1974. p. 31.
166 A definição também é de MORTATI, 1973. Cf. PIZZORUSSO, 1984. p. 17, e também BISCARETTI, 1974. p. 31.
167 É o modo como explicam BALDASSARRE e MEZZANOTTE, 1998. p. 127.
168 A classificação é de BISCARETTI, 1974. p. 223-235, e de PIZZORUSSO, 1984. p. 17.
169 BISCARETTI, 1974. p. 223-235, e PIZZORUSSO, 1984. p. 17.
170 BISCARETTI, 1974. p. 49-424.
171 BALDASSARRE e MEZZANOTTE, p. 131-133.
172 MIRANDA, 2002. p. 57-156, aponta quatro grandes matrizes de sistemas constitucionais: a inglesa, a americana, a francesa e a soviética. Indica depois sistemas constitucionais não integrados em famílias (o suíço, o alemão-austríaco, os fascistas e fascistizantes, além dos sistemas asiáticos e africanos).
173 Cf. de PARGA, Manuel Jimenez, 1973; AGESTA, Luis Sanches, 1974; consultar ainda GARCIA-PELAYO, 1950; BADIA, Juán Ferrando, 1980; LOPES GARRIDO e outros, 2000, este último, especialmente, p. 207-253.
174 VERDÚ, 1983. p. 211-236. O autor, nessa obra, mantém as posições expostas em livro anterior (1969), em toda sua extensão.
175 Verdú refere-se aqui a "poder executivo". Melhor, porém, seria dizer: órgão que une a sociedade política, que perfaz a unidade, o convívio, a chefia de Estado.
176 VERDÚ, 1969. II, p. 70-71; 84; 93-95; 102-103, classifica os regimes em autoritários, totalitários, reacionários, revolucionários, demoliberais, demossocialistas, ocidentais e afro-asiáticos.
177 VERDÚ, 1969. II, p. 103-106.
178 Laborioso levantamento dessa situação terminológica pode ser encontrado em BARACHO, 1977, *passim*.
179 BURGESS, 1891. p. 1-40. Burgess foi um dos pais da ciência política norte-americana e, desde 1876, ensinou na influente Faculdade de Direito da Universidade de Columbia. A tradução toda, aqui, é nossa.
180 RACIOPPI, 1898, *passim*, conforme POSADA, 1935. p. 549. Para fins didáticos e para facilitar a comparação entre Burgess e Racioppi, arrolamos os *critérios* deste último conforme a ordem dos conteúdos dos *cânones* propostos pelo primeiro.
181 Sobre o uso, na Alemanha, das expressões *formas de Estado* e *formas de governo* e, de maneira crescente, de *sistemas de governo*, cf. HESSE, 1998, *passim*; ZIPPELIUS, 1984, *passim*; STERN, 1987. p. 374 e ss. Interessante observar que os alemães não têm termo correspondente a *regime de governo*.
182 HESSE, 1998. §§ 118, 119, 131; ZIPPELIUS, 1984. p. 72-96 e 181 e 190.

183 BARACHO, 1977, Títulos: I, II e III.
184 *Id*., *ib*., p. 46.
185 Em livro publicado dez anos antes da Constituição vigente, escrevíamos: “Não há, no Brasil, uma terminologia técnica uniforme quanto à ‘tipologia política’. Neste trabalho utilizar-se-á, em princípio, *regime de governo*, para a dicotomia democracia/totalitarismo; *forma de governo*, para os critérios que separam monarquia de república; e *sistema de governo*, para presidencialismo e parlamentarismo. (...) Tratando-se de Federação e Unitarismo, está consagrada a expressão forma de Estado” (SOUZA JUNIOR, 1978, *passim*).
186 A primeira, no Art. 89; a segunda, no Art. 139. A Constituição Espanhola, Art. 1º, 3, estabeleceu que *“A forma política do Estado Espanhol é a monarquia parlamentar”*. No caso espanhol, a Constituição não alterou as preferências da doutrina. Esta continua entendendo que a Monarquia é a forma política de governo do Estado Espanhol. (N. do A.)
187 A expressão *regime representativo* constava do Art. 1º de todas as constituições republicanas brasileiras, salvo a Carta de 1937 e a Constituição vigente!
188 A denominação *totalitarismo* foi inventada na Itália por Giovanni Amendola, em artigo de jornal de 12 de maio de 1923, como crítica ao regime que Mussolini instalava no país (MAIER, 2004. p. 6-7).
189 Seu primeiro grande teorizador foi J.J.Linz (1970. p. 251-381), estudando o regime de Franco.
190 A comparação é bastante difundida. Por todos VERDÚ, 1983. II, p. 204 e ss.: “A distinção entre Estado-aparelho e Estado-comunidade é permanente, conceitual. Ambos são aspectos de uma mesma realidade estatal, segundo se contemple *desde cima* (enquanto conjunto de instituições e órgãos que articulam e funcionalizam suas atividades) ou conforme se veja *desde baixo* (considerando indivíduos, grupos e, sobretudo, o grupo nacional que os engloba)”.
191 A distinção é de MIRANDA, Jorge, 1991. p. 71 e ss.
192 TORRES, J. C. de Oliveira, 1961. p. 110-117.
193 Essa é a segunda das “observações” iniciais da *Política* de Aristóteles (1998, p. 49-51): “A observação nos mostra que, primeiro, toda *polis* é uma espécie de associação e, segundo, que todas as associações são instituídas com a finalidade de realizarem algum bem, pois todos os seres humanos agem tendo em vista atingir alguma coisa que, na vista deles, é um bem” (Livro I, Cap. 1º, § 1º, 1252 a).
194 Cf. em LOEWENSTEIN, 1970. p. 62 e ss., *policy control*, *policy determination* e *policy execution*.
195 TORRES, J. C. de Oliveira, 1963. p. 340 e 341.
196 MARTINS FILHO, 1997. p. 216, com muita propriedade, escreveu que a teoria de Hegel “torna-se fundamento dos totalitarismos modernos”.
197 PANIÁGUA, J. M. Rodríguez, 1988. p. 334.
198 Título de um pequeno trabalho de KELSEN, 1974. 159 p.
199 LINZ, 1970. p. 251-381.
200 LINZ, 1975. p. 175-373.
201 *Organização Territorial do Estado* é a rubrica do Título VIII da Constituição espanhola. O Título III de nossa Constituição, que trata da matéria, registra simplesmente *Da Organização do Estado*.
202 Cf. WATTS, Ronald, 2006. p. 97-107, uma classificação precisa das formas de Estado atuais.
203 A lista completa está em WATTS, 2006. p. 100.

204 Sobre essas duas vertentes do federalismo, ver SOUZA JUNIOR, 2007. p. 9-38.

205 Escreveu o autorizado Daniel Elazar: “No século XIX, um grupo de pensadores alemães, cuja figura de proa foi Otto von Gierke, buscando a unificação da Alemanha sob princípios federais, redescobriu Althusius. (...) Martin Buber talvez tenha sido o primeiro a sugerir como as ideias de Althusius poderiam servir ao povo no século XX. (...) Na sua terra natal – a Alemanha – renovada atenção foi dada às ideias de Althusius, como uma base para a democracia federal germânica” (ALTHUSIUS, 2003. p. 52-54).

206 ALTHUSIUS, 2003, *passim*.

207 Sobre o princípio da subsidiariedade, cf. BARACHO, 1996, e TORRES, Sílvia, 2001.

208 É também por essa razão que o regime democrático delega à comunidade política (o Estado) o poder mais eminente da vida associativa, o poder político soberano. (N. do A.)

209 No preâmbulo do *Tratado* consta a seguinte declaração: “RESOLVIDOS a continuar o processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões sejam tomadas ao nível mais próximo possível dos cidadãos, de acordo com o princípio da subsidiariedade”.

210 Dois dos nossos melhores trabalhos sobre a monarquia são de OLIVEIRA TORRES, 1957 e 1958.

211 A aclamação era uma espécie de “eleição direta” da casa reinante (OLIVEIRA TORRES, 1958. p. 51).

212 ASSIS BRASIL, J. F., 1896. p. 235-258, especialmente as p. 238-239.

213 “O que se chama juridicamente de sistema de governo nada mais é senão a marcha conjunta dos órgãos do Estado para atenderem os fins deste, segundo as prescrições legais” (FERREIRA FILHO, 2008. p. 140).

214 Cf. LIPSET, 2000, *passim*; SOUZA JUNIOR, C. S., 2002 a. p. 127-180.

215 Cf. SOUZA JUNIOR, 2002 b. p. 70-73.

216 Cf. PH. ARDANT, 1992. p. 340-345.

217 FERREIRA FILHO, 2008. p. 140.

218 O livro de PH. ARDANT, 1992. p. 232-251, é típico. Esse mestre coloca “no coração do sistema parlamentar”, em duas subseções separadas, “a responsabilidade política no governo” e “a colaboração de poderes”, como se essas duas características formassem um só e único critério.

219 Sartori, embora consciente dessa crise, não conseguiu identificar-lhe a causa, menos ainda criar um instrumento conceitual capaz de superá-la. Ele define *presidencialismo* por um critério composto de três elementos concorrentes: (1) a eleição popular direta do presidente (da República); (2) a não existência de responsabilização política do presidente; e (3) a direção efetiva do “executivo” entregue ao presidente. Ora, o critério que escolhe para conceituar *parlamentarismo*, é bem outro: (1) a soberania do Parlamento; e (2) a não separação entre governo e Parlamento. Ainda que se possa enxergar alguma relação entre os critérios atribuídos a um e a outro, positivamente, os critérios não são os mesmos. Ora, como, então, contrapor, logicamente, um sistema ao outro? A validade de uma comparação exige, como pressuposto, identidade de critérios. Não é, pois, de admirar o número de “sistemas mistos” que arrola (SARTORI, 1994. p. 97-153).

220 Governo aqui só é governo quando separado, real ou mentalmente, de Estado e de administração. Governo, Estado e administração fundidos é um outro ser: é a célula *mater* do poder político antes de desaparecer, em processo de esquizogênese, para dar lugar a novos seres. (N. do A.)

221 Cf. ARDANT, 1992. p. 340-345.

222 BALDASSARRE & MEZZANOTTE, 1998. p. 131-133, indica alguns desses fatores.

223 Cf. *supra* 6.2 e 6.3.

224 JELLINEK, 1970. Cap. 8 e 18, p. 171-186 e 450-458. O reconhecimento do valor desses capítulos é unânime nos autores. Cf. BIGNE DE VILLENEUVE, 1954. p. 157, e CAETANO, 1977. p. 193.

225 Jellinek coloca lapidarmente: “A contemplação dos fins supremos do Estado continua sendo sempre, para cada qual, um elemento regulador da própria atividade política. Esses fins não dizem tanto o que terá de ser feito, quanto o que não há de fazer-se. Essa função negativa tem sido historicamente de grande valor e continuará sendo politicamente no futuro. Toda nossa cultura moderna descansa sobre a afirmação de que os poderes do Estado têm um limite e de que não estamos submetidos como escravos ao poder ilimitado do Estado. (...) Essa força negativa reguladora (dos fins últimos) confirma a necessidade de se conhecer os fins do Estado, pois, a qualquer momento da vida política, ela oferece critérios para julgar as relações existentes, para determinar-se se algo deve ser destruído ou transformado. Sem dúvida, nos encontramos aqui de novo diante daqueles pontos práticos em que inevitavelmente o interesse partidário tende a apresentar-se como interesse do Estado. Muitas vezes, o que contraria os interesses de partido, o partido tenta rechaçá-lo como prejudicial à comunidade” (JELLINEK, 1970. p. 177-178.) (Trad. do Autor).

226 JELLINEK, 1970. p. 174.

227 Caetano inicialmente refere *funções não jurídicas* incluindo nelas, além das funções políticas, as funções que denomina “técnicas”. Ora, essas últimas não são funções de Estado. Nesso ponto Caetano não pode ser aceito (CAETANO, 1977, p. 196-199).

228 KELSEN, 1969, p. 146-155.

229 É o termo que se usava no Brasil e em Portugal, e usam, hoje, os espanhóis, para designar a função do chefe de Estado. Por todos, ESTEBAN & OUTRO, *op. cit*., v. III, p. 34 e ss.

230 Por isso, ZAFRA VALVERDE chama-a de função de autoridade (*op. cit.*, p. 155-158).

231 Expressão encontrada entre os franceses. Por todos: HAURIOU, André,1968. p. 358.

232 Cf., em Espanha, ESTEBAN & OUTRO, *op. cit.*, v. III, p. 141 e ss.

233 *Função governamental* é expressão consagrada, mormente depois de Burdeau. Z. Valverde prefere *função de direção*. (1975. p. 158-161).

234 Escreveu BIGNE DE LA VILLENEUVE (1954. p. 164): “Desde a Revolução, salvo alguns períodos de reação, a tendência foi de apequená-la e subalternizá-la. A bem da verdade, ela é inextinguível. Mas pode ser camuflada e dissimulada, pois suas atribuições próprias podem ser – e muitas vezes o são – usurpadas pelo órgão legislativo” (ou por outro poder, acrescente-se).

235 *Deliberante* é o termo usado por HAURIOU, M. (1927, p. 469 e ss.) e por VALVERDE, Z., 1975. p. 161-166.

236 REALE, 1998. p. 53.

237 ACKERMAN, 2000, v. 113, deve ser considerado um trabalho nesta área de estudos.

238 Cf. nosso trabalho sobre os poderes políticos, SOUZA JUNIOR, 2002, 144 p.

239 “Na infância das sociedades, ou antes da sua civilização” – escreveu PIMENTA BUENO – fazendo eco a ideias de LOCKE? – “os poderes políticos em vez de divididos são confundidos e concentrados em uma mesma individualidade, e consequentemente entregues ao impulso, e porventura desvarios de uma só vontade, por isso mesmo que em tal caso ela é ilimitada e absoluta” (PIMENTA BUENO, 1857. p. 32). Cf. também SOUZA JUNIOR, 2002 b. p. 29-40.

240 Cf. SOUZA JUNIOR, 2002 b. p. 41 e ss.

241 Cf. SOUZA JUNIOR, 2002 b. p. 53 e ss.

242 Cf. SOUZA JUNIOR, 2002 b. p. 69 e ss.

243 Cf. SOUZA JUNIOR, 2002, p. 85 e ss.

244 Cf. SOUZA JUNIOR, 2002 b, p. 103 e ss.

245 O texto da Constituição Italiana, no Art. 95, contempla essa expressão.

246 Por todos, PIZZORUSSO (1984. p. 237), nesses termos: “Com a expressão *governo* aludia-se, no *ancién regime*, ao conjunto dos órgãos do Estado, todos dependentes do soberano. Essa primeira acepção só é aplicável aos ordenamentos inspirados no absolutismo, embora tenham ficado traços dela na expressão *forma de governo* (...). Há um segundo sentido do termo, relevante, sobretudo, à classificação dos tipos de governo presidencial ou parlamentar dualista: *governo* refere-se ao conjunto do aparelho estatal, menos o Parlamento e menos o judiciário. Já a Constituição (italiana, Art. 92, 1) emprega o termo em sentido mais estrito ainda: “O governo da República é formado pelo Presidente do Conselho de Ministros e pelos ministros que constituem, juntos, o Conselho de Ministros.’ ”

247 Foi Karl Loewenstein quem propôs colocar no cerne da “anatomia do processo governamental” o fenômeno da liderança (LOEWENSTEIN, 1970. p. 61 e ss.).

248 CARNEIRO, 1930. p. 168-170.

249 Quem apresentou a visão mais radical da nova *função governamental* foi BURDEAU, em seu grande *Traité*, especialmente no Tomo V (*op. cit.*, *passim*). Ver a propósito o belo estudo de TROPER, Michel, “La Théorie de la Fonction Gouvernementale chez Georges Burdeau”, in CHANTEBOUT, Bernard (Org.), *Le pouvoir et L’État dans L’œuvre de Georges Burdeau* (Aix-em-Provence: Presses Universitaires, Ed. Economica, 1993. p. 73-84).

Filosofia e Constituição

Luiz Barzotto[1]

SUMÁRIO

Introdução. **1.** Direito, forma, ordem. **1.1.** Preliminares: formalismo e forma. **1.2.** As formas jurídicas: norma, decisão, instituição. **2.** Política, representação, integração. **2.1.** O representado: o povo. **2.2.** O representante: o governo. **2.2.1.** Responsabilidade. **2.2.2.** Publicidade. **2.3.** A finalidade da representação: a integração. **3.** Constituição, poder constituinte e mediação. **3.1.** Introdução: Hobbes e o conceito de constituição. **4.** Verdade, *ethos* político, supralegalidade. **4.1.** Verdade. **4.2.** Verdade e *ethos* político. **4.3.** Verdade e supralegalidade. **5.** Decisão, legitimidade e legalidade. **5.1.** Decisão. **5.2.** Decisão e legitimidade. **5.3.** Decisão e legalidade. **6.** Poder direto, proteção e obediência. **6.1.** Poder direto. **6.2.** Poder direto e proteção. **6.3.** Poder direto e obediência. Conclusão. Referências.

Introdução

"O que é uma Constituição?" é uma questão da filosofia do direito. Para a filosofia do direito, a Constituição é um conceito a ser elucidado. Há vários procedimentos filosóficos para determinar esta questão, conforme as escolas ou preferências de cada investigador. A opção elegida aqui é a de fazer uma apropriação crítica do pensamento de Carl Schmitt (1888-1985). Duas razões motivam esta escolha.

Em primeiro lugar, Carl Schmitt é um clássico do pensamento constitucional. Escolher um jurista como interlocutor constitui uma garantia de fidelidade ao objeto para a filosofia do direito. Esta escolha representa um cuidado para que a reflexão filosófica não se perca em generalidades que poderiam ser compatíveis com um sistema de pensamento qualquer, mas irrelevantes para a perspectiva interna à experiência jurídica, que deve sempre servir como guia para a análise jusfilosófica.

Em segundo lugar, como o ponto de partida da nossa investigação, que permitirá avaliar os resultados finais da pesquisa[2], é a consideração da Constituição como o estatuto jurídico do político[3], uma elucidação do seu

conceito demanda uma determinação conceitual prévia do político e do jurídico. Embora Carl Schmitt seja conhecido por ter uma teoria política elaborada, sendo o seu *Conceito do Político* a obra de filosofia política mais influente da primeira metade do século XX, ele possui também uma teoria do direito, ainda que esta não tenha recebido o mesmo tratamento sistemático dedicado à política. Desse modo, Schmitt é um autor cuja teoria da Constituição está solidamente fundada em uma teoria do direito e uma teoria da política.

De qualquer modo, Schmitt é apenas um guia em relação ao que realmente nos interessa, a questão jusfilosófica "o que é uma Constituição?" Não se trata aqui, portanto, de uma interpretação da obra de Schmitt, mas uma "apropriação" de parte dos argumentos e conceitos de sua obra relevantes para a nossa questão.[4]

Escolhemos aqui o conceito de "mediação", chave na obra de Schmitt[5], para desenvolver o argumento, que terá três partes: o direito como mediação que produz ordem, a política como mediação que produz integração e a Constituição como mediação entre política e direito.

1. Direito, forma, ordem

1.1. Preliminares: formalismo e forma

Schmitt, um pensador que durante toda a vida denunciou o "formalismo" das doutrinas jurídicas, colocou no centro de sua teoria do direito a noção de forma. É oportuno, portanto, esclarecer inicialmente quais são os conceitos de forma que ele recusa, os conceitos dos neokantianos e de Weber, para, em seguida, estabelecer positivamente a sua concepção de forma.

O neokantismo reduz a forma a um esquema cognitivo do sujeito[6], concepção partilhada por Max Weber no primeiro dos seus "três conceitos de forma". Forma, diz Weber, é a condição para conhecer o material jurídico, ou o esquema cognitivo utilizado pelos juristas para organizar o material jurídico. Formal aqui significa lógico-conceitual, por oposição ao objeto do conhecimento. Em segundo lugar, forma significa normatividade calculável: um direito formal opõe-se a um direito "material", no qual

motivações éticas, econômicas e políticas comprometem a previsibilidade do seu funcionamento. Formal aqui significa abstrato por oposição a concreto. Em terceiro lugar, formal é a abordagem própria do jurista, indiferente ao conteúdo dos conflitos por ele administrados. Formal aqui é o "racional", no sentido de um saber técnico, especializado, por oposição à irracionalidade social a ser administrada por uma burocracia com formação técnico-jurídica.

Como Schmitt recusa estes conceitos, podemos dizer que para ele o formal não é o meramente conceitual *a priori* (neokantismo), nem o lógico-abstrato-técnico de Weber. Ao contrário, a forma jurídica em Schmitt designa o histórico, o vital, o concreto, porque a forma no seu pensamento é, essencialmente, a *ordem* de uma realidade concreta. Forma é ordem, e o informe é o desordenado.

A ordem sempre se dá como síntese de um princípio de ordenação e uma realidade a ser ordenada, e, assim, a forma se atualiza sempre como uma estrutura de mediação[7] entre uma ideia ou princípio de natureza ético-política e uma situação social concreta. A forma não é autônoma. Ela sempre se apresenta em uma articulação triádica com o princípio/ideia e a situação na qual este será realizado. Assim, temos o seguinte esquema: princípio/ideia > forma jurídica > situação concreta. A forma jurídica só pode ser entendida como conexão entre princípio e realidade. Nas palavras de Schmitt, "a forma jurídica se rege pela ideia de direito e pela necessidade de aplicar um princípio jurídico a uma circunstância concreta, isto é, pela realização do direito no sentido mais amplo da palavra. A ideia de direito não pode realizar-se por si mesma, pelo que cada transposição à realidade requer uma configuração e uma forma particular. Isto é certo tanto no que se refere à necessidade de dar forma a um princípio jurídico geral em uma lei positiva como com respeito à aplicação de uma norma jurídica positiva geral na jurisprudência ou administração. Deve-se partir daqui para explicar o caráter próprio da forma jurídica."[8] Ou seja: o direito só se atualiza adquirindo uma forma específica, e é assim que ele se efetiva como ordem. Princípios como dignidade da pessoa humana ou Estado de Direito não geram imediatamente ordem. É necessária a mediação de uma forma jurídica como a lei, por exemplo, para que os cidadãos saibam exatamente como ordenar suas condutas. Do mesmo modo, em um conflito surgido de uma dúvida quanto à aplicação de uma lei, esta deve receber a mediação de uma decisão judicial para que possa adquirir uma forma que lhe permita

ordenar o conflito. O “formal” é aqui o determinado, o específico e o concreto que geram ordem. Por isso Schmitt pode falar de uma norma “mais ou menos formalizada”: quanto maior for a necessidade de que a norma seja detalhada e especificada para poder subsumir o caso em exame, maior será a necessidade de “formalização”: “Dentro do Estado, a coletividade nacional proporciona ao juiz a lei que este deve aplicar; assim, entre a ideia da justiça e o caso individual se coloca uma norma mais ou menos formalizada.”[9]

Quanto à relação entre forma e princípio, afirma Schmitt a necessidade de “superar a separação entre forma e princípio, tanto a ‘forma sem princípio’ como o ‘princípio sem forma’”.[10] O formalismo consiste exatamente na forma sem princípio. Assim, a monarquia, por exemplo, só pode ser pensada como uma forma institucional baseada “no princípio da honra”. Sem este princípio, “o aparato exterior da instituição monárquica poderá seguir existindo durante muito tempo, mas, não obstante, o tempo da monarquia chegou ao fim.”[11] De outro lado, temos um risco que Schmitt apontou, mas ao qual não deu um nome: o princípio sem forma. Este se manifesta especialmente na práxis jurídica contemporânea, em que a “dignidade da pessoa humana”, ou outro princípio/ideia equivalente, é aplicada diretamente a um conflito, sem nenhuma mediação formal.

O jurista deve, por outro lado, “estar sempre consciente da realidade concreta.”[12] Ele deve saber, contra o normativismo, que “a normalidade da situação concreta regulada pela norma (...) não é um pressuposto externo da norma (...) mas uma característica jurídica essencial da validade da própria norma.”[13] A norma vale para uma situação normal. Em uma situação anormal, ela perde a validade. Isso significa que a forma jurídica, quando se manifesta como norma (ou como veremos, como decisão ou instituição), depende tanto da situação como do princípio: “O direito positivo se torna absurdo e destrutivo, se transforma em terrível instrumento da luta entre partidos e interesses, no momento em que perde sua conexão com uma justiça material, substancial, quando degenera em um funcionalismo neutral respeito aos valores e à verdade. Pior ainda quando perde o nexo com a existência concretamente real de nosso povo.”[14] Nesta citação, vê-se com clareza o esquema triádico justiça material/valores/verdade > direito positivo > existência concreta do povo.

Esse vínculo com o princípio e a realidade é que permite a Schmitt, contra

os neokantianos e Weber, falar de uma “forma substancial”[15], uma vez que “a forma jurídica não compartilha o vazio apriorístico da forma transcendental, porque se produz a partir de uma substância jurídica concreta.”[16] Assim, a forma no direito não é vazia: ela é dotada de uma “substância jurídica concreta” dada pelo princípio/ideia e pela situação concreta. Vejamos como Schmitt apresenta a ideia de “forma substancial” na sua obra *Catolicismo e forma política*: “Sobre a base de sua superioridade formal, a ciência do direito (...) pode facilmente admitir um comportamento similar frente às cambiantes formas políticas, e relacionar-se (...) com os distintos complexos de poder, com o único pressuposto de que basta um *mínimo de forma*, que ‘exista um *ordenamento constituído*’. Tão logo a nova situação permita reconhecer uma *autoridade*, se oferece um solo propício para uma ciência do direito, um *fundamento concreto* para uma *forma substancial* (não há grifos no original).” [17] Aqui se revela o primeiro e decisivo traço do conceito de forma substancial: a forma jurídica é *ordem* presente na vida de um povo, imposta pelo poder político. Mas não basta a efetividade para constituir uma ordem. A forma substancial só pode ser pensada a partir do princípio/ideia que ela manifesta: para haver forma jurídica há necessidade da “ideia de justiça”.[18]

O direito é, assim, ordem. Como tal, possui um caráter formal, pois a ordem não se confunde com os elementos ordenados. Ao mesmo tempo, o direito não se apresenta como uma forma vazia, pois a ordem se dá a partir de algo (os princípios) e se dirige a algo (a realidade). A forma jurídica é substancial, na medida em que sua existência só ocorre na presença de dois elementos materiais constitutivos: os princípios e a situação concreta. A tensão entre princípio e realidade é que confere uma autonomia relativa à forma jurídica: por estar vinculada ao princípio, ela não é mera descrição da realidade, e por estar relacionada à realidade, ela não é mera reprodução do princípio.

Se podemos dizer que todos os seres possuem uma certa “ordem” ou forma, o que caracteriza especificamente a ordem no direito é seu caráter *explícito*. A ordem no direito é manifesta, pública. Ora, o termo “forma” é adequado para expressar não só a ordem de um ser, mas também sua aparência. O direito, como fenômeno público, necessita apresentar-se, manifestar-se, e isso ocorre mediante uma forma determinada. Só vale como direito aquilo que se apresenta na forma reconhecida pela sociedade

como adequada à manifestação do direito. A teoria das fontes do direito, nesse sentido, é uma teoria da "forma" do direito, do modo pelo qual o direito se torna conhecido. Deste modo, a forma substancial do direito, a ordem, sempre ocorre como forma-aparência do direito, a publicidade. O direito é duplamente formal: na sua essência como ordem, e na sua apresentação, como público: "A forma é a essência do direito; não é talvez a essência de qualquer coisa? Em que medida ela é aumentada no direito? A forma é o próprio direito, o seu ser visível, externo, público." [19] O direito é *res publica*: só na medida em que ele é visível a todos é que pode ordenar a conduta de todos.

Além da ordem e da aparência, a noção de forma na filosofia clássica tem o sentido de atualidade ou efetividade. Um escultor impõe uma determinada forma a uma quantidade de bronze. A estátua ganha realidade, torna-se efetiva, na medida em que a forma está presente. Sem a forma, não há estátua, somente bronze. Deste modo, o formal não é o abstrato que se opõe ao concreto: ao contrário, é a forma que torna possível o concreto. "Aquilo que é maximamente formal é a substância do direito, ou melhor, sua atualidade. Ele não possui outra substância. Só existe o direito atual. Só este se entende por 'direito positivo'." [20] A atualidade do direito é o que denominamos positividade. Mas a positividade está na forma: de certo modo, tanto o princípio como a realidade são de certo modo "abstratos": que sentido pode ter para a experiência jurídica um princípio incapaz de configurar uma realidade ou uma realidade que não está ordenada a partir de um princípio? É por meio da forma que a experiência adquire um sentido de ordem. Assim, o direito positivo nada mais é senão a forma na qual se encontra a síntese dos princípios ético-políticos que norteiam o convívio e a situação social de um povo.

Os vínculos entre forma, ordem e publicidade vêm ilustrados por dois exemplos trazidos por Schmitt.

Schmitt descreve um instituto singular do direito administrativo prussiano, o "ato administrativo composto". Segundo essa concepção, "alguém se coloca fora da lei por um ato determinado', tornando-se "*hostil*, rebelde ou traidor da pátria", estando "fora da lei e *pode ser executado por não importa quem* sem nenhuma dificuldade", por meio de "um ato administrativo composto que não importa qual cidadão poderia cumprir como 'órgão ocasional do Estado', para retomar a expressão de Jellinek

(...). Do ponto de vista da ciência do direito, o que importa em tais construções que visam a proceder *via facti* é que elas ignoram o que constitui precisamente a *essência do direito, isto é, a forma* (não há grifos no original)".[21] Ou seja, não há uma forma (lei/norma) que permita julgar (juízo/decisão) um ato como sendo de rebeldia ou traição, e também não há uma forma (processo/instituição) que permita estabelecer se o ato ocorreu ou não. Como não há forma, não há direito.

Um segundo caso da forma apresenta-se na análise literário-jurídica que Schmitt faz da tragédia *Hamlet*, de Shakespeare: "Em uma monarquia eletiva, o herdeiro não se torna rei senão em função de uma eleição. Manifestamente, não foi Hamlet o eleito, mas Claudius. Este último encontrou um meio legalmente correto de se fazer coroar rei após a morte de seu predecessor. Sem dúvida, acedeu à coroa respeitando as formas legais ou legítimas e, segundo a forma e as aparências, ele é rei legítimo e não usurpador. No direito, as aparências contam e, como diz Rudolf Sohm, o direito depende essencialmente da forma."[22] No direito de uma monarquia eletiva, é a obediência a um procedimento (forma) eleitoral que permite identificar alguém como rei legítimo. Hamlet pode pretender o papel de vingador (de seu pai), mas não de tiranicida, pois segundo a forma – isto é, segundo o direito – Claudius é o herdeiro legítimo do trono.

Desses exemplos, depreende-se que o direito impõe a ordem quando é apresentado de um determinado modo ao conhecimento dos agentes sociais. No direito, a distinção entre essência (ordem) e aparência (publicidade) é sempre fonte de conflitos. Quando o direito funciona de modo adequado, a distinção não se coloca: o que se apresenta como lei vale como lei, o que se apresenta com contrato vale como contrato. A forma jurídica é semelhante à palavra. A palavra é a forma fonética/escrita que faz a mediação do sentido em um determinado contexto social. Não há conversação sem essa forma pública que é a palavra. Sem mediação linguística não há sentido, como sem forma jurídica não há ordem.

1.2. As formas jurídicas: norma, decisão, instituição

Em 1934, numa conferência intitulada *Os três tipos de pensamento jurídico*, Schmitt afirma que "todo pensamento jurídico trabalha com

normas, decisões e com ordens e configurações."[23] Schmitt utiliza tanto o termo *instituição* como *ordem concreta* para designar um determinado modo de apresentação da forma jurídica. A partir daqui, distingue três tipos de pensamento jurídico: o normativismo, o decisionismo e institucionalismo ou pensamento da ordem concreta. O importante, para nossos fins, é a identificação de três modos de manifestação da forma jurídica, que vamos analisar separadamente.

A norma é um "elemento do conceito de ordem jurídica"[24], e "absolutamente necessário para fazer funcionar regularmente o aparato estatal, os mecanismos da administração pública e da autoridade judicial"[25]. Tendo recusado durante toda a vida o normativismo, a redução do direito à norma, Schmitt, por outro lado, está consciente que no Estado burocrático contemporâneo, a norma jurídica é condição de funcionamento dos órgãos públicos. Especialmente para o juiz, a forma jurídica privilegiada é a norma. De fato, "a sentença de um juiz resulta de um procedimento regular que respeita as formas", sendo papel do juiz aplicar "uma norma decisória geral determinada previamente que torna a sentença justa."[26]

A decisão mostra sua autonomia em relação à norma especialmente no chamado "estado de exceção": "A exceção é o que não pode subordinar-se à norma; é subtraída à compreensão geral, mas ao mesmo tempo revela um *elemento formal jurídico específico, a decisão*, com total pureza (não há grifo no original)."[27] O estado de exceção é aquele em que as normas perderam seu pressuposto social de validade, a "normalidade" que elas preveem como condição de sua própria efetivação. A decisão do soberano no estado de exceção é necessária para fazer a situação retomar sua "normalidade", a situação em que as normas possam valer, pois "não há norma que possa aplicar-se ao caos."[28] A decisão, que não se funda em nenhuma norma, cria a situação em que a norma pode ser aplicada.

Thomas Hobbes é o "caso clássico de pensamento decisionista."[29] Ele desenvolve sua teoria da soberania a partir da necessidade de uma decisão que ponha fim à guerra civil religiosa e supere os resquícios anárquicos do feudalismo. Para Schmitt, Hobbes era um pensador atento, que não deixaria "passar por alto a realidade específica inerente à vida jurídica e contida na *forma jurídica*. A *forma* que buscava se encontrava na *decisão* concreta tomada por uma instância específica. Em vista da significação independente da *decisão*, o sujeito desta tem um significado independente, desligado de

seu conteúdo. O importante para a realidade da vida jurídica é quem toma a decisão. O problema da competência se acrescenta ao de assegurar um conteúdo correto. O problema da *forma jurídica* radica na contraposição entre o sujeito e o conteúdo da decisão, assim como na significação própria do primeiro (não há grifos no original).”[30] Os casos em que a decisão não pode ser vinculada ao conteúdo previamente estabelecido em uma norma manifestam claramente que a decisão é uma forma jurídica específica, que deve ser diferenciada da norma. O direito, na decisão, claramente não é identificado pelo seu conteúdo, mas pela sua forma, isto é, pela indicação de quem é competente para tomar a decisão. Schmitt exemplifica a autonomia da decisão com o “ato estatal equivocado”, em que o fato da decisão supre a ausência de norma que a autorize, mas podemos ilustrar o mesmo ponto com o fenômeno da coisa julgada. Nesta, a decisão judicial vale à margem do seu conteúdo, que pode ser incorreto, ou de um modo mais exato, a decisão vale por si, independentemente de sua correção. A vida jurídica exige a certeza da decisão, excluindo as questões acerca do fundamento desta. A decisão vale como “forma”, independentemente do seu conteúdo. O que não quer dizer que seja vazia: na decisão “incorreta” atende-se às necessidades de ordem da comunidade concreta.

Por fim, o direito apresenta-se como instituição ou ordem concreta, ou seja, como “ordem interna”[31] de uma relação social que preside “imediatamente a realidade concreta de relações vitais.”[32] Schmitt afirma especificamente que o direito é visto como “configuração” e “forma”[33]. Os exemplos de Schmitt são “Igreja, estamentos, família, matrimônio”[34], “Estado”[35] , “administração pública”.[36]

Certos modos de interação social geram sua própria ordem interna, que não pode ser esgotada por uma regulação normativa. Isto é, a ordem da família nunca pode ser formulada inteiramente por meio de regras, ao contrário da ordem de um jogo como o xadrez. Deste modo, o jurista deve atentar para a própria instituição, e não para as normas relativas à instituição, cuja função é importante, mas secundária, pois a instituição “tem uma substância jurídica própria que, desde logo, conhece regras gerais e uma certa regularidade, mas somente como expressão dessa substância, como algo que procede da própria ordem interna concreta, a qual não é a soma daquelas regras e funções.”[37] Assim, uma noção como “bom pai de família” não pode ter uma tradução normativa exaustiva: “‘bom pai de

família’ é aquele que obedece às regras x, y e z”. Mesmo “o juiz e o legislador, ao falar do ‘bom pai de família’, submetem-se à ordem constitutiva da *forma* concreta da família (não há grifo no original).”[38] Precisamente por ter uma forma própria, a família não está disponível para receber qualquer outra forma imposta pelo legislador ou juiz. A forma concreta ou substancial da família é a sua forma jurídica, isto é, a instituição é um tipo próprio de forma jurídica, ao lado da norma e da decisão.

Schmitt recorre à teoria da instituição de Maurice Hauriou (1856-1929)[39]: “A teoria da instituição (...) é o primeiro intento sistemático de restaurar o pensamento da ordem concreta.”[40] Hauriou define instituição como “a ideia de atividade ou empreendimento que se realiza e dura juridicamente em um meio social.”[41] Assim, “um hospital é um estabelecimento constituído para a realização de uma ideia caritativa.”.[42] O hospital é uma instituição que opera a mediação entre a ideia caritativa e a situação concreta das necessidades sanitárias de uma comunidade. O hospital não se reduz às normas nem às decisões (que inevitavelmente fazem parte de sua realidade), mas possui uma “substância jurídica própria” que deve inspirar as normas e as decisões. Daí a preferência de Schmitt pela expressão “ordem concreta”: ao passo que a norma e a decisão são modos de configuração de uma ordem mais ou menos distante da realidade à qual se dirigem, a instituição é uma ordem concreta, isto é, uma ordem diretamente presente nas relações sociais efetivas.

De qualquer modo, a teoria do direito de Schmitt permanece constante ao longo de toda sua obra. O direito é ordem articulada em uma estrutura triádica: princípio > forma > realidade. O direito é a forma manifestada em uma decisão, norma ou instituição que realiza a mediação de um princípio com a realidade. Essa mediação não é unilateral: ela vai do princípio à realidade e vice-versa. Podemos formular a estrutura triádica deste modo: realidade > forma > princípio. Assim, por exemplo, o Estado, “a instituição das instituições”[43] efetiva certos princípios na realidade social, mas esta não é inerte: “o mundo exerce igualmente sua influência sobre o Estado (...) de maneira análoga à influência que o material produz sobre o artista.”[44]

2. Política, representação, integração

Uma consideração frequentemente esquecida dos estudiosos de direito público é que "o direito constitucional tem caráter político."[45] A determinação do objeto de uma Constituição exige, portanto, uma caracterização da política. À constituição cabe organizar o poder político em uma determinada comunidade. O poder político ou "governo" é tematizado por Schmitt por meio do conceito de "representação".

Segundo Schmitt, todo Estado se baseia em dois princípios: "o princípio da identidade (do povo presente a si mesmo como unidade política, quando, em função da própria consciência política e vontade nacional, é capaz de distinguir amigo e inimigo) e o princípio da representação, em virtude da qual a unidade política é representada por um governo."[46] Estes dois princípios estão sempre presentes, porque não há Estado sem povo nem Estado sem governo.

O que segue é uma análise da representação, em seus três elementos estruturais: o representado (povo), o representante (governo) e a finalidade da representação (integração).

2.1. O representado: o povo

O Estado como unidade política descansa sobre dois princípios: identidade e representação. A identidade expressa a existência de um povo capaz de atuação política: "o povo pode ser capaz de atuação política, já em sua realidade imediata – por ter uma homogeneidade forte e consciente em razão de firmes fronteiras naturais, ou por quaisquer outras razões – e então é uma unidade política como magnitude real – atual em sua identidade imediata – consigo mesma. Este princípio da identidade do povo, existente em um momento dado, consigo mesmo, como unidade política, se baseia em que não há nenhum Estado sem povo, e, por isso, um povo deve sempre estar presente como magnitude efetiva."[47]

O povo não é a soma de pessoas consideradas na sua particularidade. O povo é o conjunto dos cidadãos, aqueles cuja autocompreensão se dá em termos políticos, isto é, aqueles que colocam sua pertença à unidade política como critério ordenador último da sua vida em coletividade. Por isso, o povo não tem uma existência meramente "natural", não é representado na sua dimensão religiosa, econômica ou étnica: "um governo verdadeiro representa a unidade política de um povo – e não um povo em sua

existência natural."[48]

O povo é o conjunto de pessoas que articula sua existência a partir do grau mais intenso de uma associação/dissociação: a distinção amigo/inimigo: "A distinção especificamente política a que podem reportar-se as ações e os motivos políticos é a discriminação entre amigo e inimigo."[49]

Como afirma Aristóteles, a comunidade política está baseada na amizade, e a "amizade é igualdade".[50] Uma multidão adquire identidade, isto é, torna-se povo, na medida em que ela consegue distinguir os iguais (amigos) dos desiguais (inimigos). Os cidadãos participam de uma "igualdade substancial"[51], isto é, eles partilham de uma qualidade material distinta segundo as diversas comunidades e épocas. Este critério é a "marca de reconhecimento" (Paul Ricoeur) pela qual os indivíduos se reconhecem mutuamente como iguais, isto é, como amigos. A marca de reconhecimento ou o critério que tornava uma população homogênea, isto é, um povo, na Grécia, segundo Schmitt, era a posse da virtude. A substância da igualdade pode encontrar-se também em "convicções religiosas comuns. Dentro das comunidades religiosas surge uma igualdade de todos os membros enquanto todos estão formalmente de acordo no essencial."[52] Era a igualdade propugnada pelos puritanos ingleses e americanos. Os que partilham o credo puritano são os "iguais", os amigos, ao passo que os católicos e os anglicanos seriam os "desiguais", os "inimigos", e não fariam parte do povo. Com a Revolução Francesa, surge a concepção "nacional" de povo: "diversos elementos podem cooperar à unidade da nação e à consciência dessa unidade: língua comum, comunidade de destinos históricos, tradições e memórias, metas e esperanças políticas comuns."[53]

O que faz a identidade de um povo não é a presença empírica de uma qualidade material em um determinado grupo de indivíduos, mas a *decisão* em torná-lo critério de inclusão/exclusão da comunidade política: "A unidade política (...) não é um produto da natureza, mas se apoia em uma decisão humana."[54] Historicamente, os mais diversos critérios, como a exemplificação de Schmitt mostrou, foram *escolhidos* para efetivar a identidade de um povo. Não há comunidade política *natural*: pessoas de religiões e línguas diferentes, por exemplo, podem integrar a mesma comunidade política, e pessoas com a mesma religião e a mesma língua, integrar comunidades políticas distintas.

Quem é o inimigo? O inimigo é simplesmente o outro, o estrangeiro.[55] O amigo é o politicamente igual, o inimigo é o politicamente desigual. Do ponto de vista da natureza humana, só há igualdade. Mas nenhuma comunidade política até hoje se fundou diretamente na igualdade humana genérica. A igualdade de todos os homens é um postulado ético absoluto, mas insuficiente para fundar uma comunidade política. Na democracia, que é aquele, entre os regimes políticos, o que corresponde diretamente ao princípio da identidade, Schmitt adverte: "Até agora não existiu nenhuma democracia que não conhecesse o conceito de estrangeiro nem que haja realizado a igualdade de todas as pessoas (...). No terreno político não se enfrentam em abstrato as pessoas como tais, mas em sua qualidade de pessoas interessadas na política e politicamente determinadas como cidadãos, já sejam governantes ou governados, aliados políticos ou adversários, mas, em qualquer caso, divididos em categorias políticas. Não é possível abstrair o político do âmbito do político e deixar só a igualdade humana universal, do mesmo modo que no terreno do econômico não se concebe a pessoa como tal, mas como produtor, consumidor etc., isto é, em categorias especificamente econômicas."[56] Os conceitos políticos necessitam uma contraposição, e humano é uma categoria que não tem contraposição. O inimigo do romano pode ser o cartaginês, porque "romano" é uma noção que se opõe a "não romano", o que não ocorre com a noção de humanidade. A amizade entre todos os homens está no plano da ética, e entre os homens como tais não pode haver inimizade. A amizade política é sempre mais restrita do que a amizade "humana". Um cidadão responde diretamente pela vida e bem-estar de seus concidadãos. Seus tributos e até sua vida, no caso de uma guerra, são colocados a serviço dos seus concidadãos. Se "todo homem é próximo", como afirma santo Agostinho , nem todo homem é concidadão.

Como "amigo" significa membro de uma comunidade política e "inimigo" aquele que não é membro, a inimizade em política é essencialmente pública. A inimizade (como a amizade) não é questão de sentimentos privados, mas é uma tensão pública entre grupos humanos: "O inimigo também não é o adversário particular, que odiamos por sentimentos de antipatia. Inimigo é um conjunto de homens, pelo menos eventualmente, isto é, segundo a possibilidade real, *combatente*, que se contrapõe a um conjunto semelhante. Inimigo é apenas o inimigo *público*."[57]

Vê-se aqui o limite do princípio de identidade: o critério utilizado para definir inclusão/exclusão no interior do grupo deve ser articulado institucionalmente, para que possa adquirir um *status* público. Quando os americanos iniciam a guerra de independência contra os ingleses, o que os torna inimigos ou desiguais? Não é o protestantismo, nem a língua inglesa, nem o fato de ter nascido ou não na Inglaterra (um dos mais famosos revolucionários americanos, Thomas Paine, emigrou da Inglaterra já na idade adulta). No limite, um povo adquire plenamente a consciência política de si mesmo somente nas suas instituições: "Um conflito é sempre uma luta entre organizações e instituições no sentido de ordens concretas, um choque de *instâncias*, não de *substâncias*. As substâncias primeiro necessitam adquirir *forma*, devem ter-se *formado* de alguma maneira antes de poder enfrentar-se como sujeitos capazes de fazê-lo, como partes beligerantes."[58] O que define os americanos, o critério que eles escolheram como fundante de sua comunidade, só adquire visibilidade em uma instituição. A guerra, o conflito político extremo, não se dá entre critérios materiais (religião, língua, história comum etc.), mas entre grupos humanos *formados* segundo tais critérios. Esta forma é a forma política ou estatal, ou o governo. Um conflito só possui natureza política se for público, e só é público se for iniciado, conduzido e finalizado por um governo. A guerra entre americanos e ingleses é um fenômeno político porque envolve coletividades organizadas segundo o princípio de representação, isto é, dotadas de um governo. Sem a representação, o conflito permaneceria no âmbito do privado, isto é, seria apolítico.[59]

Uma radicalização da identidade, ao ponto de suprimir o outro princípio formador do Estado, a representação, não levaria a uma radicalização da existência política, como pensam as utopias da democracia direta, mas à negação desta existência: "O perigo de uma aplicação radical do princípio da identidade é que seu pressuposto essencial, a homogeneidade substancial do povo, é uma ficção. (...). A consequência é que um povo decai da existência política a uma situação infrapolítica, levando uma existência simplesmente cultural, ou econômica, ou vegetativa, e servindo a um povo estrangeiro politicamente ativo."[60] "Politicamente ativo" significa simplesmente: dotado de um representante, isto é, de um governo.

2.2. O representante: o governo

O princípio da representação "parte da ideia de que a unidade política do povo como tal nunca pode achar-se presente em identidade real, e por isso tem que estar sempre *representada* pessoalmente por homens".[61] A representação possui um caráter dialético: o representado "é pressuposto como ausente enquanto é, ao mesmo tempo, tornado presente".[62] A representação exclui a presença e realiza a presença. O representante opera uma *mediação* entre ausência e presença: "a atividade característica de qualquer representação é a mediação".[63] Como o povo nunca pode estar plenamente presente a si mesmo, é necessário um mediador entre o povo ausente e o povo presente, ou seja, é necessário um representante que exclua a presença do povo e a afirme ao mesmo tempo: "No ato de representar o representante se coloca no lugar do povo, e nesse momento, o povo fica institucionalmente representado. Quem representa media entre o povo ausente e o povo presente politicamente. Realiza esta conversão em sua própria pessoa."[64] Essa mediação se dá na instância que toma a decisão política, o governo: "Só quem governa tem parte na representação."[65]

Mesmo em uma democracia direta, que é a realização mais intensa do princípio de identidade, há elementos de representação. Os cidadãos que estão na *ágora* não são simplesmente o povo, mas também governantes, representantes do povo como unidade política: "Nem sequer todos os cidadãos ativos, tomados em conjunto, constituem a unidade política do povo, mas *representam* a unidade política situada acima de uma assembleia reunida em um espaço e acima do momento da assembleia (não há grifo no original)."[66] Mesmo no povo reunido, há uma tensão entre identidade e representação, mantém-se a distinção entre o povo ausente e o povo presente. Os cidadãos presentes na praça são representantes, e é como representantes que eles se identificam com a unidade política: "Não há nenhum Estado sem forma política, e à forma corresponde essencialmente a representação da unidade política. Em todo Estado deve haver homens que podem dizer: *L´État c'est nous.*"[67] Na democracia direta, os cidadãos presentes em uma assembleia podem dizer "nós somos a comunidade" como *representantes* da unidade política, pois a existência desta não se identifica com a existência momentânea de uma assembleia.

A representação, entendida como mediação política, possui duas características: responsabilidade e publicidade.

2.2.1. Responsabilidade

Nas suas reflexões sobre Hobbes, Schmitt desenvolve a noção de que o governo só representa, isto é, só pode pretender imputar sua ação aos membros da comunidade política, se é capaz e quer protegê-los, isto é, a representação implica responsabilização. Hobbes abominava os poderes "indiretos", isto é, poderes irresponsáveis, que exigiam obediência mas não ofereciam proteção. Na época de Hobbes, estes poderes se manifestavam como estamentos, corporações e Igrejas. Na modernidade, se manifestam como grupos de interesses e organizações sociais: "Pertence à essência de um poder indireto ofuscar a inequívoca convergência de comando estatal e risco político, de poder e responsabilidade, de proteção e obediência: assim, graças à irresponsabilidade de um domínio somente indireto – mas não por isso menos intenso –, se obtêm todas as vantagens do poder político e se evitam os riscos."[68] Os poderes indiretos se servem do Estado, mas ao mesmo tempo não querem identificar-se com ele, permanecendo no melhor dos mundos: o poder sem responsabilidade. A esses poderes cabe contrapor o Estado, cujo poder "corresponde sempre primariamente à plena assunção do risco político e, deste modo, a responsabilidade pela proteção e segurança dos súditos".[69]

No Estado se concentra o fenômeno da responsabilização, seja nos períodos de normalidade (representantes ordinários), seja no momento de exceção (soberano), porque cabe ao Estado, isto é, o povo em situação de unidade política, tomar a decisão política, aquela que assegura a "paz, ordem e segurança" para os membros da comunidade: "A unidade política é, por sua essência, a unidade decisiva."[70] É na decisão que o povo encontra a si mesmo, é nela que se dá a passagem do povo-identidade ao povo-unidade política ou, o que é o mesmo, do povo ausente ao povo presente: "Esta mediação ausente-presente se realiza através da decisão política. Por isso só representa quem decide."[71] Isto significa que o ente incapaz de tomar a decisão não representa.[72] Só quem possui poder político, isto é, capacidade de responder às necessidades de ordem, segurança e paz da comunidade, é que pode ser representante.

Daí a crítica de Schmitt ao Parlamento das democracias constitucionais contemporâneas. Schmitt teme a inoperância, a necessidade de coalizões, o adiamento da decisão política e, por fim, a irresponsabilidade do órgão como um todo, uma vez que cada deputado pode renunciar à sua

responsabilidade imputando os atos do Parlamento à maioria, às obstruções da minoria, à pressão do eleitorado, à liderança do partido etc. No momento em que o povo, para constituir-se como tal, necessita da decisão política, ele não sabe quem é seu representante, a quem cabe a responsabilidade pela decisão política ou pela ausência dela, isto é, quem assume "a representação do Estado com sua consequente responsabilidade".[73] A antropologia de Schmitt está na base de seu conceito de representação: o homem, "ser perigoso"[74], que necessita da decisão política para exorcizar (sempre provisoriamente) seus perigos, é também um ser livre capaz de assumir a responsabilidade por si e por outrem.[75] O animal político necessitado de representação/governo é o animal político capaz de representar, de decidir em favor de outrem.

Schmitt opõe-se aqui à típica tendência contemporânea de negar o político como modo privilegiado da existência humana em favor do da "objetividade" do econômico. Nisto as grandes ideologias da modernidade, o socialismo e o liberalismo, são duas faces de uma mesma antropologia básica, a do *homo oeconomicus*. Para esta antropologia, o animal humano está sujeito a leis econômicas que deve conhecer para organizar tecnicamente o convívio. Para o liberalismo e o socialismo, não há propriamente falando uma pessoa humana, um ser livre que toma decisões e responde por elas, mas um ser meramente natural, sujeito às "leis objetivas" da esfera econômica: "A objetividade dos capitalistas que pensam economicamente resulta muito próxima à intenção do comunismo radical. Nem as pessoas nem as coisas necessitam um governo quando o mecanismo do econômico e do técnico guia-se pelas suas leis imanentes."[76] Não há necessidade de governo, ou seja, de representação, porque não há necessidade da decisão política, sempre marcada pela subjetividade (caráter pessoal). O pensamento político centrado na pessoa afirma a necessidade de governo/representação, ao contrário do pensamento econômico, centrado nas coisas, que simplesmente constata a presença imediata destas e das leis de seu funcionamento.[77]

2.2.2. Publicidade

Os comentaristas de Schmitt lembram que nele a distinção entre representação no espaço público-político e a representação de interesses privados está assinalada pelo uso de duas expressões diferentes em alemão;

a primeira é chamada de *Repräsentation* e a segunda de *Vertretung*.[78] É impossível entender o fenômeno da representação como princípio formador da unidade política a partir de analogias com as mais variadas "representações" possíveis no âmbito privado. O representante não pode ser pensado como um agente de interesses ou grupos particulares: "A representação (*Repräsentation*) não pode ocorrer senão na esfera do público (...). Com isto, se excluem todos os conceitos e ideias pertencentes em essência à esfera do privado, do direito privado e do simplesmente econômico – portanto, conceitos como gestão de negócios, cuidado e representação (*Vertretung*) de interesses privados."[79]

O modelo histórico para a construção de um conceito público-político do conceito de representação, Schmitt encontra no catolicismo romano e no direito canônico: "Em contraposição com a fundamentação liberal do privado, a formalização jurídica da Igreja Católica é publicística. Também isso é uma consequência de sua essência representativa (...)."[80] Vemos como os conceitos de público e representação se coimplicam: as pretensões representativas da Igreja (representa o Cristo) a colocam na esfera do público e o público só se mantém fundado na representação. A referência à Igreja é fundamental no pensamento de Schmitt, pois revela a abordagem institucionalista necessária à interpretação da representação: "O próprio Max Weber declara que o racionalismo romano sobrevive na Igreja (...). Este racionalismo radica no institucional e é essencialmente jurídico (...). O papa não é um profeta, mas o representante de Cristo (...). Deste modo, dado que o ofício se faz independente do carisma, o sacerdote recebe uma dignidade que aparece totalmente abstraída de sua pessoa concreta."[81]

Ao analisar a instituição Igreja, Schmitt aponta para o traço definidor de todo público: a transcendência em relação ao particular, que é concebido como "privado", algo excluído da esfera comum. Mesmo características relevantes para o desempenho de uma função permanecem sendo "privadas", não contando para a validade do ato "público". O papa, do ponto de vista do direito canônico, não é considerado representante por seu carisma pessoal, mas por ter sido eleito segundo um procedimento jurídico aceito pela comunidade. É indiferente para o caráter representativo do papado as características pessoais do seu ocupante, que permanecem sempre "privadas". Do mesmo modo, um juiz em sistemas de recrutamento técnico é selecionado por seu saber dogmático-jurídico, mas a sua sentença

não vale por esse saber, que permanece no domínio do "privado". Tanto o judiciário, em um Estado Moderno, como o sacerdócio, na Igreja Católica, possuem caráter institucional, isto é, público. A instituição transfere o caráter público do representado – Jesus Cristo, ideia de justiça – ao representante – sacerdote, juiz. Em termos weberianos, tem-se aqui uma dominação racional-legal, não uma dominação carismática, que, por seu caráter não institucional, é incapaz de transcender o "privado".

Obviamente, esta instituição deve repousar sobre um compromisso existencial, de existir politicamente: "A representação pertence à esfera do político, sendo, em sua essência, uma coisa existencial."[82] Um Parlamento só pode pretender ter caráter representativo se ele não for uma arena na qual representantes de interesses particulares negociam entre si, isto é, como uma entidade apolítica. Um deputado só pode ser um representante se representar a unidade política, isto é, "todo o povo" e não uma facção ou grupo.[83] Do mesmo modo, o caráter público do representante só pode ser mantido se os eleitores, ao exercerem seu ato de escolha, decidirem politicamente, isto é, visando "todo o povo" e não seus interesses privados. É por isso que Schmitt menciona a "independência" como característica do representante. Ao passo que a representação de direito privado (*Vertretung*) só tem sentido como vínculo de dependência do representado, a representação de direito público (*Repräsentation*) exige a independência do representante: "O representante é independente; por isso não é nem funcionário, nem agente, nem comissário."[84] A independência é exigida em relação a tudo que é particular no interior da unidade política. Como é o povo como um todo que é representado, o representante não pode nem deve estar vinculado a nenhuma "parte" do povo. A conclusão radical se impõe: quando o representante eleito vê a si mesmo como um representante de direito privado, vinculado aos interesses dos seus eleitores, "não há verdadeira representação."[85] Um povo que perdeu "a sensibilidade para a singularidade da existência política", preferindo a "mera realidade natural de um grupo humano que coexiste" [86], não entenderá o conceito de representação. O povo terá sido privatizado em um conjunto de indivíduos com seus interesses particulares. A representação não terá substância política, uma vez que o povo recusou a opção por viver politicamente.

Ao contrário, em um povo que assumiu o risco da existência política, as suas instituições manterão a substância representativa, e serão capazes da

decisão política. Assim, por exemplo, no Parlamento "sobre a base da discussão pública, surge a decisão".[87] Vê-se o vínculo entre decisionismo e institucionalismo em Schmitt, aplicável a toda sua teorização também sobre a chefia de Estado[88]: a decisão vale para todo o povo porque é tomada por uma instituição que representa todo o povo: "O mais importante na perspectiva da teoria do direito é que a representação é o fundamento da validade de uma decisão (...). Deste ponto de vista, a teoria da representação é o sustentáculo da teoria decisionista."[89]

2.3. A finalidade da representação: a integração

No contexto em que trata da representação na *Teoria da Constituição,* Schmitt refere o conceito de Rudolf Smend de "integração" como "criação e produção da unidade política"[90], para atestar que "a representação autêntica é, por seus efeitos, um fator essencial do processo de integração"[91]. Ainda que a identidade seja um elemento do processo de criação da unidade política, esta só se efetiva pela representação. Como vimos, um povo reduzido à mera identidade não alcança uma existência política.

Como a *Teoria da Constituição* se ocupa mais dos elementos estruturais da representação, em detrimento de uma consideração funcional ou finalística, voltemos ao ensaio *Catolicismo e forma política*, no qual Schmitt desenvolve uma teoria da representação completa, isto é, nos seus três elementos: representado, representante e finalidade da representação.[92]

Neste escrito, Schmitt afirma que "a Igreja é a representação pessoal e concreta de uma personalidade concreta. Ela representa a *civitas* humana (...), representa ao próprio Cristo".[93] O ponto importante nesta citação é que ele menciona a *civitas* humana como algo representado juntamente com o Cristo. De fato, como a Igreja vem a ser o corpo místico de Cristo, a estrutura visível da Igreja representa toda a humanidade reconciliada com Deus ao representar o Cristo. A mediação eclesial realiza a unidade da humanidade reconciliada, isto é, cria comunidade, quando representa o Cristo. A Igreja é pensada não como estando acima da humanidade, mas como a humanidade existindo no estado de uma comunidade de salvação. Voltando à terminologia de Smend: há uma integração das pessoas como

corpo místico de Cristo pela mediação representativa da Igreja.

A unidade alcançada na representação não exclui a pluralidade, ao contrário. Na obra referida, Schmitt afirma que "a Igreja Católica é uma *complexio oppositorum* (conexão de opostos): não parece haver contraposição alguma que ela não abarque".[94] No interior da Igreja, há uma pluralidade infinita de condições sociais, tendências políticas, opiniões teológicas e tradições culturais. A unidade se dá na representação: do ponto de vista sociológico, é católica a pessoa vinculada a uma hierarquia que representa o Cristo. A unidade formal da representação permite a coexistência das mais variadas diferenças materiais: "A essência da *complexio oppositorum* católica radica na sua específica superioridade formal sobre a matéria da vida humana como até agora não há conhecido nenhum império. (...) Esta particularidade formal do catolicismo consiste na estrita aplicação do princípio da representação."[95]

Como sempre no método da teologia política de Schmitt, considerações sobre religião e metafísica têm exclusivamente como fim esclarecer conceitos do direito público. O Parlamento em uma sociedade plural pode ser entendido como um representante e, portanto, realizador da integração política do povo no Estado, efetivando uma *complexio oppositorum*: "A personificação do povo e a unidade do Parlamento enquanto é seu representante significam que ao menos existe a ideia de uma *complexio oppositorum*, isto é, redução de uma multiplicidade de interesses e partidos a uma unidade, que está pensada representativa e não economicamente."[96] No Parlamento, como ocorre em toda instituição política autenticamente representativa, a representação produz a unidade estatal sem negar a pluralidade social: "o fim da atividade de representar não é outro senão levar a cabo uma *complexio oppositorum* (...). A existência dessa *complexio* serve assim, por um lado, para alcançar uma unidade (...) e, por outro lado, para conseguir que a 'pluralidade' não seja negada, nem destruída, nem silenciada, nem excluída".[97]

A lógica da representação opera a passagem integradora de um povo capaz politicamente (identidade) a um povo atuando politicamente (representação). Na democracia, a unidade política se encontra "em potência" no povo, aguardando a representação para ser atualizada. Isto significa dizer que, na democracia, a unidade política do povo se efetiva no representante, mas não é criada exclusivamente por ele.[98]. Um mediador só

pode mediar algo já existente. Em uma democracia o representante não pode escolher, a seu arbítrio, qual será a marca de reconhecimento que servirá como critério da igualdade substancial do povo. Este critério deve estar presente na vida do povo e será explicitado na decisão do representante. Em toda democracia, o representante integra o povo tornando-o presente, o que significa dizer que *existe* um povo ausente, portador em sua existência concreta de um princípio formador de comunidade.

3. Constituição, poder constituinte e mediação

3.1. Introdução: Hobbes e o conceito de constituição

A partir da interpretação de Schmitt do direito como mediação formal entre princípios e realidade, e a política como mediação representativa entre o povo ausente e o povo presente, propomo-nos a explicitar o conteúdo do conceito de constituição pensando-o como mediação entre direito e política.

Para expor os elementos do conceito de constituição, vamos recorrer à interpretação que Schmitt faz de Thomas Hobbes.

O conceito de constituição em Schmitt não é a-histórico. Na *Teoria da Constituição*, Schmitt pensa ter estabelecido somente o conceito de constituição de um tipo de Estado, o Estado liberal-democrático, cujas origens estão no século XIX.[99] Ora, Hobbes é, para Schmitt, o autor de "todas as concepções substanciais de direito e constituição ainda vigentes (...) e um precursor das constituições burguesas e do Estado de direito que se afirmou no século XIX no continente europeu".[100]

Schmitt vê a si mesmo como o "último representante consciente do *jus publicum Europaeum*, seu último teórico e investigador em um sentido existencial"[101], sendo o "direito público europeu" dividido em dois setores: o direito internacional e o direito constitucional.[102] Ora os fundadores desta disciplina são Jean Bodin e Thomas Hobbes, autores dos quais Schmitt tece a seguinte afirmação: "Os pensamentos e as formulações de ambos me são tão familiares como o modo de pensar e falar de um irmão. (...) Neles eu encontrei respostas mais atuais às questões jurídico-internacionais e jurídico-constitucionais do meu tempo, que nos comentários à Constituição

de Bismarck ou a de Weimar, ou nas publicações da Liga das Nações."[103]

Se o conceito de constituição relevante para a experiência ocidental tem sua gênese em Thomas Hobbes, e Schmitt pretende estar na tradição iniciada por este autor, não parece ser um empreendimento injustificado vincular a teoria da Constituição de Schmitt à teoria do Estado de Hobbes.

Schmitt sintetiza a obra jurídico-política de Thomas Hobbes em um esquema apresentado em uma nota acrescentada em 1963 à edição do seu *Conceito do político*. Neste esquema, cinco teses de Hobbes são apresentadas como passos de um raciocínio que constrói conceitualmente o Estado. A sequência do raciocínio pode ser começada indiferentemente pelas teses extremas, numeradas como 1 e 5.

Vamos reproduzir o esquema[104] e extrair das teses os elementos que compõem o conceito de constituição.

Parte superior:
aberta à transcendência
1 *Verdade: Jesus Cristo* 5
2 *Quem interpreta?* 4
3 *A autoridade, e não a verdade, faz a lei* 3
4 *Poder direto, não indireto* 2
5 *Obediência Obediência* 1
e e
Proteção Proteção
Parte inferior fechada:
sistema das necessidades

Este esquema é apresentado por Schmitt como "fruto de uma busca que durou toda minha vida sobre o tema geral aqui tratado e sobre a obra de Thomas Hobbes em particular".[105] O "tema geral" é a política e o Estado. A tese avançada é a de que no esquema acima estão presentes os elementos centrais para a determinação de uma constituição de um Estado moderno.

Comentando sua obra *Teoria da Constituição*, numa entrevista realizada

em 1982, Schmitt afirma que “o fundamento desta obra está (...) no poder constituinte”.[106] Só as Constituições produzidas por atos de um “poder constituinte” são objeto do interesse de Schmitt.

Schmitt define o poder constituinte como “a vontade política cujo poder ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre o modo e a forma da própria existência política, determinando assim a existência da unidade política como um todo”.[107] A centralidade da noção de decisão manifesta o vínculo com o pensamento de Hobbes. Assim como para este último é a decisão do soberano que faz cessar a guerra civil e instaura a paz, para Schmitt o soberano é o titular do poder constituinte que por meio da decisão constituinte instaura uma nova normalidade.

A doutrina do poder constituinte surge em um contexto histórico no qual o direito e a política se tornaram objetos de uma apropriação reflexiva[108], isto é, não são considerados objetos intangíveis, mas sujeitos à avaliação, o que lhes confere uma contingência radical. O direito e a política pré-modernos estavam em um contexto dominado pela tradição, isto é, a sociedade regia-se por um “direito tradicional” em uma “dominação tradicional”, para utilizar a terminologia weberiana. A primeira ruptura com a tradição se dá com o Estado Moderno, nos séculos XVI/XVII, em que o poder político começa a se desligar de suas bases feudais-tradicionais e começa a ser justificado em termos de efetividade de sua ação sobre a sociedade. O Estado passa a unificar a representação política e a produção do direito. Com isso, gera-se a base fática de uma apropriação reflexiva da política e do direito, que será realizada no século XVIII e implementada de um modo generalizado no século XIX: a política e o direito não são naturais, nem divinos, nem se justificam mais por um recurso à tradição, eles são produto de atos humanos, e, portanto, falíveis e revisáveis.[109]

É neste contexto que surge a necessidade de viabilizar as funções de integração da política e de ordem do direito em bases pós-tradicionais, e, ao mesmo tempo, criar uma compatibilidade e uma coerência entre política e direito. A resposta teórico-prática a essas questões foi dada pela doutrina do poder constituinte, na verdade uma retomada da doutrina da soberania de Hobbes em condições de alta reflexividade, e, ao mesmo tempo, uma tentativa de estabilizar a soberania, um poder que se define pela exceção e pela ausência de limites.

O poder constituinte, como poder soberano, toma a decisão fundamental

acerca do modo e forma da existência da unidade política. Como o ato constituinte não esgota a soberania nem o poder constituinte, pode-se dizer que o poder constituinte não é somente o poder que *cria* a Constituição, mas que *mantém* a Constituição. No caso de uma Constituição fundada no poder constituinte do povo, "pode-se considerar a simples participação na vida pública regida por uma Constituição como uma ação conclusiva pela qual a vontade constituinte do povo se manifesta com uma clareza suficiente".[110] A vontade constituinte do povo é necessária para trazer a Constituição à existência, mas é igualmente necessária para mantê-la existindo. O exercício do poder constituinte é constante, o que não lhe retira a força estabilizadora, na medida em que se manifesta em situações de normalidade como adesão à Constituição vigente, e apenas em circunstâncias excepcionais como criação de uma nova Constituição. O valor desta construção repousa na demonstração de que o povo é, em todo momento, responsável pela sua Constituição, de que ela é sempre, e tão somente, uma *decisão* sua.[111]

O poder constituinte estabelecerá as condições da política e do direito pós-tradicionais. Ele fará isto dando uma forma jurídica ao exercício do poder e uma efetividade política às construções jurídicas. Se é verdade que "uma construção jurídica permanece um simulacro (...) se a política não consegue lhe infundir vida"[112], também a política depende sempre do vínculo com o direito para institucionalizar-se. Para tanto, ambos devem ser compatíveis: a política e o direito não podem realizar suas funções de integração e ordem se não possuírem princípios comuns, porque integração e ordem só podem se efetivar se forem coerentes, isto é, dependerem de princípios comuns. Isso deve ocorrer em toda sociedade que queira reproduzir as condições de sua existência, mas só o Estado submetido à reflexividade foi forçado a explicitar estes princípios em uma Constituição.

O esquema de Hobbes contém os seguintes elementos que vão guiar o argumento sobre o conceito de constituição: verdade, decisão, autoridade, lei, poder direto, proteção e obediência. Se estes conceitos são fundamentais ao Estado, não podem faltar em uma Constituição, uma vez que o conteúdo desta é sempre o modo de organização do Estado. Vamos acrescentar as noções schmittianas de *ethos* político, supralegalidade e legitimidade para obter o quadro conceitual no qual deve ser pensada a Constituição como mediação entre direito e política.

Os conceitos próprios de uma Constituição são verdade, decisão e poder direto. A decisão constituinte faz a mediação entre uma verdade e o poder direto encarregado de defendê-la na vida política e jurídica. Estes três conceitos podem ser vistos como mediadores em relação a conceitos políticos e jurídicos igualmente fundamentais à vida do Estado: a verdade constitucional faz a mediação entre *ethos* político e supralegalidade jurídica; a decisão constituinte faz a mediação entre a legitimidade política e a legalidade jurídica; e por fim, o poder direto instituído pela Constituição faz a mediação entre a proteção política prestada pelo detentor do poder e o reconhecimento jurídico dos atos do poder (obediência).

4. Verdade, *ethos* político, supralegalidade

4.1. Verdade

Nos dois extremos do esquema encontram-se os fundamentos de uma comunidade política: a verdade e a necessidade. A interpretação de Schmitt, de que é possível iniciar a justificação do Estado pelo ponto 1, é inusitada, uma vez que a totalidade dos intérpretes de Hobbes parte do ponto 5, isto é, da necessidade de proteção contra a morte violenta. Contudo, a interpretação de Schmitt é consequente com sua antropologia política, que coloca a periculosidade como a qualidade que confere caráter político à existência humana. A pessoa é um ser perigoso porque questiona, faz perguntas, pretende conhecer a verdade. O exemplo de Sócrates é aqui paradigmático. No questionamento que marca seu caminho rumo à verdade, Sócrates entra em conflito com a cidade, torna-se um inimigo político, e é morto.

Para Schmitt, aqueles que querem eliminar a política sonham com um "sistema no qual não haja mais decisões políticas, mas somente objetividade e tecnicidade, no qual as coisas governem-se a si mesmas e as perguntas encontrem respostas por si mesmas".[113] Os bens procurados na vida coletiva são sempre controversos não porque são escassos, mas porque são objeto de uma questão – a dos critérios de sua apropriação – que não irá responder a si mesma. A própria segurança, que parece ser um tema incontroverso, não pode fugir à atitude questionadora da pessoa, ser

condenado a submeter o bem à verdade: “O que é *verdadeiramente* a segurança?”. É neste momento que a segurança se torna um tema *político*. O que torna o homem um ser perigoso, e portanto, político, não é a escassez de bens, mas a pergunta sobre o que é o bem, pergunta que leva diretamente ao conflito, e não ao consenso, como mostra Leo Strauss no seu comentário ao *Conceito do político* de Schmitt: “O consenso a qualquer preço só é possível enquanto consenso ao custo do sentido da vida humana, já que só é possível se o homem renuncia a colocar a questão do correto; e se o homem renuncia a colocar essa questão, renuncia a ser homem. Em troca, se é colocada em sério a questão do correto (...), se desencadeia a discussão, a discussão de vida e morte: na seriedade da questão do correto, o político – o agrupamento dos homens em amigos e inimigos – encontra sua justificação.”[114]

Na pergunta *séria* (que visa à verdade) pelo bem, pelo correto, desencadeia-se “a discussão de vida e morte”, o reagrupamento dos homens em amigos e inimigos. No fundo de toda amizade/inimizade política está a questão da verdade sobre a vida boa, ou, em outros termos, não há comunidade política que não afirme uma verdade sobre a qual funda seu convívio e a partir da qual defina seus conflitos.

É vital para o entendimento do que é a política a possibilidade de pensá-la a partir da pergunta decisiva, a pergunta sobre a verdade da própria existência: “A quem posso reconhecer como meu inimigo? Somente aquele que pode colocar-me em questão. Ao reconhecê-lo como inimigo admito que pode colocar-me em questão. E quem pode realmente colocar-me em questão? Somente eu mesmo. Ou meu irmão. (...) Adão e Eva tinham dois filhos, Caim e Abel. Assim começa a história da humanidade. (...) O inimigo é a personificação de nossa própria questão.”[115]

A inimizade não está relacionada ao sentimento, nem às carências materiais, mas à natureza questionadora do ser humano. Ao buscar a verdade sobre o correto, a pessoa entra em conflito consigo mesma, e ingressa na esfera ética, e entra em conflito com os outros, elevando-se à existência política.

Há dois modos de furtar-se à existência política: deixando-se guiar por uma tradição que permanece inquestionada ou, confrontado com modos de existência distintos, deixar de perguntar qual deles realiza a vida boa para o homem. Nestes dois tipos de existência, o tradicional e o relativista, não

haverá guerras, porque os homens não entram em conflito porque deixaram de colocar as questões fundamentais. No mundo sem política, não haverá verdadeiros inimigos, nem verdadeiros amigos, porque a questão do correto desapareceu.[116]

Em Hobbes, "a verdade de que 'Jesus é o Cristo' (...) é uma verdade da fé pública, da *public reason* e do culto público do qual participa o cidadão".[117] No Leviatã, esta "verdade constitui o fecho da abóbada".[118] Hobbes pretendia uma "neutralização dos antagonismos das guerras de religião no interior da cristandade"[119], pela afirmação de uma verdade comum a todos os cristãos, e que poderia, portanto, ser a base da vida em comum.

4.2. Verdade e *ethos* político

Toda comunidade tem necessidade, para se constituir, de neutralizar as questões sobre a verdade política última, aquela que funda a comunidade. Ela precisa estabelecer o fundamento comum sobre o qual edificar sua existência. A Constituição deve explicitar esta verdade: "É próprio de toda Constituição assumir uma decisão política que coloque fora de dúvida aquilo que é a base comum (...) da unidade estatal."[120] A Constituição gera, assim, neutralidade, entendida esta como "expressão de uma unidade (...) que abrange os grupos contrapostos e que por isso relativiza em si todas as suas antíteses".[121] "Relativizar" aqui significa que os grupos se dispõem a preservar a unidade política para além de suas diferenças, porque assumem como comum a verdade expressa na decisão política fundamental. Em outros termos: os conflitos surgidos da atividade do questionamento público não excluirão a amizade fundada na adesão a uma mesma verdade.

A principal verdade à qual os sistemas políticos contemporâneos pretendem aderir é a dos direitos fundamentais: "A Declaração solene de direitos fundamentais significa o estabelecimento de princípios sobre os quais se apoia a unidade política de um povo."[122] Essa declaração é "expressão natural da consciência de que, em um momento decisivo, se dá uma certa direção ao próprio destino político".[123]

Com a Declaração de direitos, o povo assume um novo "*ethos* político"[124]. Isto significa que ao vincular-se explicitamente a uma verdade, o povo "toma sobre si, mediante sua declaração, o perigo de uma política

inteiramente nova, isto é, o agrupamento entre amigos e inimigos, e está resolvido a defender os novos princípios do seu Estado, inclusive na luta contra um poderoso inimigo exterior".[125] Embora as consequências radicais da adoção de novos princípios sejam especialmente visíveis nos grandes eventos fundadores como a Revolução Francesa e Americana, é fora de dúvida que todo povo, que fundamenta a unidade política sobre os princípios declarados na Constituição, comprometeu-se com eles como critério da distinção amigo/inimigo. Quando os revolucionários americanos escreveram na sua Declaração de independência que "consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade", isso significava automaticamente a disposição de defender pela guerra (como o fizeram) a validade destas verdades. No mundo contemporâneo, relativista e, portanto, "despolitizado", esse significado fica à sombra, mas não é menos real. Ter um *ethos* político significa distinguir amigos e inimigos a partir de uma verdade. Afirmar, por exemplo, a verdade de que o regime democrático é o único legítimo, significa que todos aqueles que sustentam princípios opostos estão excluídos da amizade política.

O liberalismo desenvolveu aqui uma concepção equivocada da neutralidade, levando o Estado liberal a configurar-se como "Estado agnóstico",[126] no qual a Constituição simplesmente acolhe todas as facções, partidos e ideologias, inclusive aquelas que querem eliminar o Estado liberal. Essa pretensão liberal é insensata. A Constituição sempre se baseia em uma verdade, que forma seu *ethos* político ou "substância política" e não pode ser neutra em relação a ela: "Uma Constituição pode ser neutra a respeito das decisões políticas que constituem a sua substância política não mais do que um Estado pode ser neutro a respeito da sua própria existência."[127] A existência de um Estado e de uma constituição repousa na decisão por uma verdade. Renunciar a esta verdade significa renunciar à própria existência, porque faltará o princípio fundamental de integração.

De fato, a verdade proclamada em uma Constituição realiza uma função de integração. Quando se refere aos direitos fundamentais, e isso seria válido para qualquer verdade constitucional, Schmitt afirma que "sua vigência se reconhece como o pressuposto mais importante de surgimento e formação incessante" da unidade política; "o pressuposto que – segundo a

expressão de Rudolf Smend – dá lugar à integração da unidade estatal", ou seja, com a proclamação da verdade "se estabelece um princípio completamente novo de integração estatal".[128] A identidade do povo é explicitada na verdade constitucional, na medida em que o agrupamento amigo/inimigo passa por essa verdade, e, ao mesmo tempo, a representação só pode ser entendida como a representação de uma unidade política caracterizada por essa verdade. Só há integração, isto é, recondução da multiplicidade social à unidade política, se os cidadãos e os representantes referem a ação política à realização da verdade constitucional.

4.3. Verdade e supralegalidade

Do ponto de vista jurídico, uma Declaração de direitos estabelece uma "supralegalidade" que passa a fazer parte do núcleo intangível de uma Constituição, isto é, não modificável segundo procedimentos jurídicos: "É evidente que o tipo de Estado é determinado pelos seus direitos básicos (...). Por isso são princípios realmente fundamentais (...). Eles contêm uma dignidade supralegal, que se ergue sobre toda regulação jurídica orgânica posta a serviço de sua proteção e por cima de qualquer regulação jurídica material singular. Como explicou (...) Maurice Hauriou, eles possuem uma *superlegalité constitutionelle*, que os coloca acima não só das simples leis ordinárias, mas também das leis constitucionais escritas e exclui sua derrogação mediante leis modificativas da Constituição."[129]

A verdade que funda a convivência, expressa como princípios, valores, direitos fundamentais etc., configura o fenômeno da supralegalidade: "A supralegalidade é (...) um conceito especificamente jurídico-constitucional."[130] A supralegalidade define o caráter da unidade política e, como tal, não pode ser alterada sem que o Estado altere seus fundamentos. Só o poder constituinte originário pode determinar uma alteração no conteúdo da supralegalidade. O que o poder constituinte não pode fazer é querer prescindir de uma supralegalidade: "Eu compartilho a opinião de Hauriou de que toda constituição reconhece tais 'princípios' fundamentais, de que estes formam parte do 'sistema constitucional' essencialmente imutável."[131]

A crítica de Schmitt à Constituição de Weimar dizia respeito à tendência de estabelecer, na sua primeira parte, um Estado Legislativo Parlamentar

agnóstico, isto é, aberto inclusive àqueles que negavam seus pressupostos, desde que obtivessem a maioria segundo os procedimentos estabelecidos. A este falso conceito de neutralidade, Schmitt aponta para a segunda parte da Constituição de Weimar, na qual se encontra a dimensão supralegal dos direitos fundamentais, que tenta estabelecer uma "ordem substancial". Na contradição existente entre as duas partes, Schmitt opta pela segunda parte, afirmando que a opção contrária leva à ficção de que o convívio pode ser fundado no domínio de uma maioria neutra "face aos valores e à verdade."[132]

A verdade constitucional é o fator determinante de criação, interpretação e aplicação do direito, de modo que as normas, decisões e instituições devem ser concebidas como expressão de uma ordem unitária baseada na mesma verdade: "Legislação, justiça e administração recebem daqui suas linhas adequadas. Nenhuma lei alemã pode ser interpretada ou aplicada em contradição com elas; nenhuma lei alemã pode aniquilar um autêntico direito fundamental."[133] Se o direito não recebe seu conteúdo de uma mesma verdade, é incapaz de produzir ordem, por falta de coerência, uma vez que as formas jurídicas passam a ter conteúdos incompatíveis, por mediarem princípios diferentes.

5. Decisão, legitimidade e legalidade

5.1. Decisão

Comentando Hobbes, Schmitt elenca verdades que, à semelhança de "Jesus é o Cristo" hobbesiana, poderiam fundar e orientar a vida estatal: "Alá é grande", "liberdade, igualdade, fraternidade"', ou ainda "o homem é bom", "a cada um segundo a sua necessidade, de cada um segundo sua capacidade".[134] Esses são exemplos de "verdades necessitadas de interpretação", de "ideais sociais", "valores e princípios supremos"[135] todos eles candidatos a fundar o convívio político. Ora, toda invocação a esses princípios é reduzida por Hobbes imediatamente à questão: "Quem interpreta?". Como essas verdades necessitam de interpretação para adquirir vigência social, e dado que elas admitem interpretações opostas, valores proclamados como consensuais, isto é, que levariam à paz, em sua

“realização e aplicação”, “originam os conflitos e as guerras”.[136]

De fato, a verdade “Jesus é o Cristo”, vinculando todas as confissões cristãs, nem por isso cria imediatamente a paz: “A espantosa guerra civil das confissões cristãs coloca, entretanto, imediatamente, o problema: (...) quem decide o que é o verdadeiro cristianismo? Se trata do inevitável *Quis interpretabitur?* Do insuprimível *quis judicabit?*”.[137] A verdade deve tornar-se juridicamente vinculante, se há de criar ordem no interior da comunidade, ou seja, para ser aceita por todos, ela deve adquirir um caráter universalmente vinculante, e isso não pode ser feito por referência ao conteúdo. O conteúdo (que significa na prática dizer que Jesus é o Cristo?) é o início do problema político. Ele em si mesmo não constitui nenhuma solução política.

Como afirmou Strauss, da questão sobre o correto nasce a discussão de vida e morte, nasce a política. O conteúdo da decisão política está sempre ligado a uma verdade moral: “(...) o núcleo da ideia política, a decisão moral rigorosa”.[138] Nada mais estranho ao pensamento de Schmitt do que um decisionismo que se exerça em um vácuo moral. Ao contrário, ele afirma que “a capacidade de diferenciar o justo do injusto (...) é o princípio de toda energia política”.[139] O justo e o correto não são criados por uma decisão. A decisão deve fundar-se na *capacidade de diferenciar* o justo do injusto, o correto do incorreto. Quando Schmitt ataca a inépcia política do romantismo, ele afirma que este é incapaz “de tomar partido *a partir de uma deliberação consciente* e decidir-se (não há grifo no original)”.[140] Uma decisão não fundada na deliberação seria um ato de pura força, “um decisionismo degenerado, cego ante o direito e baseado somente na ‘força normativa do fático’ em lugar de uma autêntica decisão”.[141] Uma decisão autêntica não é uma mera escolha, é uma resposta a uma questão, e, como tal, algo que une em si razão e vontade.

A ênfase na decisão se deve ao fato de que a política é sempre a concretização de uma ideia, e não a própria ideia, valor ou princípio. Ora, a concretização se dá por meio de uma decisão. A decisão não tem a capacidade nietzscheana de “criar valor”. O que a decisão faz é torná-lo efetivo, isto é, a adesão a um valor/princípio significa que “decisão própria” é sempre “responsabilidade própria ou risco próprio”.[142] Na decisão, a pergunta pelo correto ou pelo justo adquire uma densidade existencial, ela é a resposta que se concretiza como responsabilidade pela defesa do

princípio, ou seja, a disposição de enfrentar os conflitos originados de todo engajamento.

O problema jurídico-político surge diante da evidência de que o conteúdo da decisão é sempre polêmico. O consenso em abstrato torna-se dissenso quando a verdade é concretizada. Da interpretação dos valores, diz Schmitt, é que "nascem os conflitos e as guerras". A genialidade de Hobbes foi transferir a questão acerca do conteúdo da decisão sobre a verdade para o autor da decisão: "Todos desejamos a paz, mas infelizmente há várias perguntas sem resolver: quem decide o que é a paz? Quem determina em que consiste a ordem e a segurança? Quem define um estado tolerável e um intolerável?".[143] Em Hobbes a questão: "o que é a paz?" se transforma na questão: "quem decide o que é a paz?". Segundo Schmitt, esta "não é uma questão de substância, e portanto, é uma questão formal, não material. (...) É exclusivamente uma questão de filosofia prática, jurídico-moral, e é orientada ao problema de quem é a pessoa que decide em última instância".[144] Conhecemos a resposta de Hobbes: quem decide é o soberano. Soberania é um conceito que neutraliza a guerra entre as respostas divergentes acerca do correto pela determinação de *quem* deve dar a resposta em última instância.

A decisão exerce uma função política de integração por meio da legitimidade que gera, e, de outro lado, exerce uma função política de ordem por meio da legalidade que rege a vida da comunidade. Aqui, política e direito se opõem e se complementam como exceção e normalidade.[145] A decisão é necessária para criar uma situação na qual a ordem jurídica seja possível, e, ao mesmo tempo, a ordem jurídica é o horizonte de sentido de toda decisão.

5.2. Decisão e legitimidade

A legitimidade de uma resposta acerca da questão do correto é vinculada assim ao sujeito que responde: legítima é a resposta do sujeito legitimado para responder. Com relação à Constituição, a sua legitimidade vem dada por seu autor: "uma Constituição é legítima – isto é, reconhecida não só como situação de fato, mas também como ordenação jurídica – quando o poder e a autoridade do poder constituinte em que ela repousa como decisão são reconhecidos".[146] Para Schmitt, há dois tipos de legitimidade, a

dinástica e a democrática. Segundo o princípio monárquico, é legítima toda constituição outorgada por um monarca, e, segundo o princípio democrático, é legítima toda constituição originada do poder constituinte do povo. A legitimidade não repousa, assim, em normatividades como justiça e bem comum, pois, como afirma Schmitt, até um pirata pode invocar essa "legitimação".[147] A legitimidade repousa em uma vontade realmente existente, capaz de "constituir" a unidade política: "A Constituição vale em virtude da vontade política existencial daquele que a dá (...). Toda lei, como regulação normativa e também a lei constitucional, necessita para sua validade em último termo uma decisão política prévia, adotada por um poder ou autoridade politicamente existente."[148] Uma Constituição é essencialmente a escolha de um princípio por um autor politicamente efetivo, ela é essencialmente decisão: "A Constituição é uma decisão consciente que a unidade política, através do titular do poder constituinte, adota por si mesma e se dá a si mesma."[149] No exemplo de Schmitt, a Constituição de Weimar expressa uma decisão por uma democracia constitucional, com os seus elementos característicos: democracia, federação, república, sistema parlamentar, direitos fundamentais, separação de poderes.[150]

O soberano é legítimo, pois somente ele pode manter a comunidade política na sua existência. O ato político por excelência é a constituição e preservação da comunidade política, e o ator político por excelência, aquele legitimado para responder à questão decisiva no momento decisivo, é o soberano.

Em Hobbes, "Quem instaura a paz, a segurança e a ordem é soberano e tem toda a autoridade." Esse estabelecimento da ordem é "pura decisão".[151] O soberano, como Estado moderno, põe fim à anarquia feudal e às guerras civis religiosas, vinculando somente ao Estado a faculdade de criar direito, e principalmente o direito supremo, a Constituição. Todo ato constituinte tende a pôr fim a uma situação de exceção e criar uma situação de normalidade na qual uma Constituição possa valer. Por isso Schmitt afirma que toda assembleia constituinte de origem democrática consiste em uma ditadura soberana[152], isto é, ela deve ser compreendida como um representante do povo soberano, e, portanto, ilimitada do ponto de vista jurídico.

Os atos de soberania, especialmente a decisão constituinte, promovem a

integração. É notório que os novos Estados busquem estabilizar-se politicamente mediante uma Constituição. Se as normas só podem valer em uma situação normal, é tarefa do soberano garantir a normalidade da situação, mediante uma decisão que responda às perguntas fundamentais.

É importante ver que a soberania/poder constituinte para Schmitt não é simplesmente um fator de gênese da Constituição, mas é na verdade o núcleo da constituição. Para Schmitt, sempre há um "mínimo de constituição"[153] se o poder constituinte permanece o mesmo. Isto é, se o poder constituinte do povo altera a Constituição, há uma continuidade, pois o autor da Constituição é o mesmo. A Constituição sempre será legítima, segundo o princípio democrático. Schmitt cunha o termo "destruição" da constituição, quando o poder constituinte é alterado. Assim, a Revolução Francesa e a Revolução Russa "destroem" a Constituição anterior, pois esses movimentos revolucionários eliminaram o princípio monárquico, pondo em jogo a continuidade da unidade estatal, pela negação da legitimidade até então presente.

Mas a soberania não se manifesta somente no poder constituinte que altera a Constituição, mas no poder que mantém a Constituição, seja pela aceitação do povo, como foi visto acima, seja pela suspensão das leis constitucionais no estado de exceção. Daí a famosa definição de soberano de Schmitt: "soberano é quem decide sobre o estado de exceção"[154] e sua caracterização da soberania não como monopólio do poder, mas como monopólio da decisão sobre o estado de exceção. O soberano decide se a situação é normal, isto é, ela é adequada a ser pensada por meio de normas, ou se ela se tornou anormal, transbordando a previsão normativa. Neste momento, o soberano suspende o direito em nome do direito. De um modo mais exato, o soberano suspende as normas por meio da decisão. A ilusão liberal consiste em pensar que toda atividade política pode ser enquadrada normativamente, quer dizer, o liberalismo quer tornar supérflua a decisão, o que significa abolir a política.

O representante que atua soberanamente em nome do povo é chamado por Schmitt de ditador soberano no sentido de uma Constituição a ser estabelecida, e ditador comissário, no caso da Constituição em vigor. Há necessidade de referência a um direito em vigor ou futuro: "a justificação da ditadura (...) consiste em que ela ignora o direito, mas apenas em vista da realização do direito".[155] Sem vinculação com o direito, não há ditadura,

mas mero despotismo: “uma ditadura que (...) não tem o objetivo de se tornar ela mesma supérflua não passa de um despotismo”.[156] A ditadura é a instância política de proteção do processo de integração estatal em uma situação de exceção.

Na situação de normalidade, a legitimidade democrática se manifesta como legitimidade plebiscitária, aquela que depende da manifestação de vontade do povo. A representação política ordinária depende desta legitimidade, “já que hoje não existe outra”.[157] De qualquer modo, o povo só legitimará as instâncias de poder que efetivamente promovam a integração da unidade política por meio da decisão política. A integração da unidade política necessita de uma representação capaz de decidir. As críticas de Schmitt ao parlamentarismo de Weimar são frequentemente vinculadas à sua incapacidade de decidir, o que significa incapacidade de representar, o que caracteriza uma violação às tarefas impostas pela Constituição de Weimar: “A Constituição vigente do Reich dá ao Parlamento capaz de agir e exprimir uma maioria todos os direitos e as possibilidades das quais um parlamento tem necessidade para afirmar-se como fator determinante na formação da vontade estatal.”[158] A Constituição de Weimar estabelece o Parlamento como representante ao lado do presidente, mas só o órgão capaz de decidir, isto é, promover a unidade estatal por meio de atos de poder, poderá “tornar presente” o povo.

5.3. Decisão e legalidade

A resposta pela legitimidade de quem decide qual verdade vai reger a comunidade estatal não esgota o fenômeno da constituição nem do sistema criado a partir dela. Quando um povo decidiu-se pelo lema “liberdade, igualdade, fraternidade”, ainda não está dito como essa verdade se tornará direito, isto é, ordem. No Estado moderno, isto se faz mediante a lei estatal: “A este problema se responde com a máxima *auctoritas, non veritas, facit legem*. A verdade não se cumpre por si mesma, mas tem necessidade de comandos coercitivos.”[159] Deste modo, pode-se dizer que a autoridade, ou, mais exatamente, o poder estatal, não nega o conteúdo de verdade da lei, mas mostra sua insuficiência. A verdade por si não gera ordem, ao contrário, ela está na origem da guerra pela determinação do seu conteúdo. É o poder estatal, ao colocar-se como único intérprete válido da verdade,

que põe fim à guerra civil entre pretensões rivais de verdade por meio da imposição da lei. A lei é, assim, a soma de verdade e poder. O poder é a mediação necessária entre a verdade e o cotidiano. A vinculação à lei é que confere normalidade à vida no interior do Estado.

A legalidade posta pelo Estado encontra-se em dois níveis: o das leis constitucionais e o das leis ordinárias. Em uma democracia, ambas estão fundadas na decisão do povo soberano.

Manter a distinção entre constituição e lei constitucional e afirmar a superioridade existencial da primeira em relação à segunda não implica negar a importância da lei constitucional. Ao contrário, sem as leis constitucionais não se sabe como poderiam se viabilizar as decisões fundamentais. Por isso, as Constituições modernas possuem uma série de leis constitucionais que detalham a operacionalização da decisão ou decisões políticas fundamentais.[160]

A concepção de Estado constitucional como aquele Estado sujeito a leis constitucionais encontra-se já em Hobbes. Com efeito, em Hobbes está a ideia de que o Estado tem seu fundamento em um pacto entre homens. O Estado constitucional consiste em um "sistema de legalidade fundado sobre a deliberação de uma assembleia constituinte".[161] O povo legitima a assembleia para que explicite a decisão política fundamental, e proceda à criação de todas as leis constitucionais necessárias à sua efetivação. A obediência às leis constitucionais conjuga a verdade contida na decisão política fundamental com a normalidade necessária ao Estado moderno.

Schmitt distingue dois conceitos de lei presentes em um Estado moderno: o conceito de lei do Estado de direito liberal e o conceito político de lei.

No conceito de lei do Estado de direito liberal, a lei é vinculada ao valor liberal da igualdade e da separação de poderes. As leis são concebidas como "normas impessoais – isto é, gerais – e predeterminadas – isto é, concebidas como duradouras – de conteúdo mensurável e determinável, no qual a lei está separada de sua aplicação ao caso concreto e no qual o legislador está separado dos órgãos de aplicação da lei".[162] A lei é qualificada por características intrínsecas, vinculadas aos valores liberais. A lei é uma norma geral, o que permite a igualdade formal e a impessoalidade no exercício do poder; é uma norma estável, o que garante a segurança nas relações privadas e a previsibilidade do poder público; é uma norma abstrata, que não visa casos concretos, o que possibilita a imparcialidade na

sua aplicação, e, com isso, promove a liberdade entendida como submissão à lei e não ao arbítrio do detentor do poder.

Por outro lado, o conceito político de lei concebe esta como "vontade concreta, um comando e um ato de soberania (...). Lei, em uma democracia, é a vontade do povo".[163] Este ato de vontade é que serve de fundamento para o conceito de lei do Estado de direito ou qualquer outro. Sem a decisão soberana, uma norma não adquire positividade.[164] A consciência do caráter mediador e fundador da decisão faz afastar o erro liberal que consiste em crer que a legalidade pode excluir a política: "Já não há soberano nem mero poder (...). O sentido último e próprio do princípio fundamental da legalidade de toda vida estatal radica em que, em definitivo, já não se domina nem se manda."[165] Ora, segundo Schmitt, não há, propriamente falando, governo das normas ou da lei: "governo significa domínio político de homens sobre homens".[166]

Mas este governo, no Estado burocrático moderno, só pode atuar mediante a lei. Para o Estado e sua burocracia, só vale como direito aquilo que se apresenta como lei: "A entidade 'Estado', historicamente concreta, se vincula ao 'direito' só na medida em que o transforma em uma 'lei' estatal. Para usar termos químicos ou físicos, o Estado reage com o elemento 'direito' somente se este se apresenta na forma de 'composto' da legalidade estatal."[167] Influenciado por Weber, que vê na dominação burocrática o tipo mais puro de dominação legal, Schmitt define a legalidade como "o modo de funcionamento (...) da burocracia. Estado moderno e legalidade pertencem assim, na sua essência, ao mesmo gênero".[168]

A legalidade é "indispensável, dada a complexidade da atual existência social, absolutamente necessária para fazer funcionar regularmente o aparato estatal, os mecanismos da administração pública e da autoridade judicial".[169] O funcionamento da máquina estatal depende de um funcionamento sem fricções, rápido e unívoco, e para isso a legalidade é necessária: "A legalidade significa a fórmula da obediência e da disciplina (...). A legalidade é a modalidade de funcionamento de uma burocracia moderna".[170]

A legalidade, como probabilidade de obter obediência a comandos emanados do Estado segundo um procedimento específico, é essencial à burocracia, o meio pelo qual o Estado atende às demandas de uma

sociedade complexa: “Não é somente no caso do executivo, ao senso eminente do termo, a saber, o exército, que é necessário obedecer, se não cegamente, ao menos imediatamente (...), mas para qualquer organização, é impossível que ela funcione bem se as pessoas encarregadas da execução exigem, por qualquer motivo, uma colaboração ou um controle independentes que obedeçam a outro ponto de vista que aquele do funcionamento técnico. O serviço de transporte mais banal se torna impossível se aquele que efetua o transporte tem outro interesse nas coisas transportadas além do fato de que elas devem ser transportadas.”[171] A burocracia depende, para seu funcionamento, da obediência incondicionada a comandos estatais apresentados na forma de lei. Um sistema tributário moderno seria inviabilizado se a cobrança de tributos estivesse submetida a um juízo de justiça e oportunidade por parte dos membros do aparato de fiscalização. Do mesmo modo, a validade das leis não depende das concepções de justiça dos julgadores. A legalidade que orienta a administração e o judiciário repousa sobre uma decisão política que não lhes compete tomar: “A burocracia profissional, pela sua natureza, é limitada à justiça e à administração. Essa toma da legislação e do governo as suas normas decisórias ou diretivas. Ela é incapaz de tomar por sua conta uma decisão política”.[172]

A submissão à lei não significa a negação da legitimidade. Com efeito, o princípio de legalidade é o fundamento do convívio republicano, daquele em que as normas que regem a conduta dos cidadãos são tomadas por seus representantes, e são visíveis, públicas, porque só valem se assumem a forma de lei. Schmitt recusa “as antíteses vulgares de legalidade e legitimidade como as que estão em moda.” Ao discutir o caso do general francês Raoul Salan, que se tornou um terrorista em nome de uma legitimidade nacionalista, por ser contrário à política do general De Gaulle de tornar a Argélia um país independente, Schmitt afirma que “precisamente neste caso a legalidade vem a ser a validade mais sólida. Volta a ser o que significou originalmente para os republicanos: a única forma moderna, racional e progressista, em uma palavra, a suprema forma de legitimidade mesma”.[173] O adepto da lei, como forma adequada de expressão do direito no Estado, verá que “o caso de Salan demonstra que inclusive uma legalidade posta em dúvida resulta mais forte em um Estado moderno que qualquer outro tipo de direito. A causa está na força

decisionista do Estado e sua capacidade de converter direito em lei".[174]

A decisão do Estado, ente legítimo a positivar o direito, funda a legalidade, o modo pelo qual o direito se faz presente na situação de normalidade da atividade estatal e da vida cotidiana dos cidadãos. O Estado instaura a ordem por meio da lei. É por isso que o Estado de Direito contemporâneo é, essencialmente, um Estado Legislativo, no qual cabe ao Parlamento fazer a lei: "No Estado legislativo, o legislador é sempre um (...). Toda concorrência de legisladores de distinta categoria e de conceitos de lei" destrói o Estado legislativo, pois "no Estado Legislativo com sistema fechado de legalidade não pode haver, como no direito romano, diversidade de 'fontes' do direito (...). O legislador de um Estado Legislativo deve manter em suas mãos o monopólio da legalidade".[175]

A Constituição de um Estado Legislativo moderno deve determinar de modo claro o sujeito apto a tomar a decisão que positivará uma norma como lei, de modo a excluir que, no interior do Estado, surja a dúvida: "Quem legisla?". A crise da Constituição de Weimar foi, em parte, provocada pela emergência de "legisladores extraordinários", legisladores cuja posição no interior do Estado não os fazia representantes da unidade política na função de legislar.[176]

6. Poder direto, proteção e obediência

6.1. Poder direto

Em Hobbes, a necessidade de fundar a coexistência política em uma verdade leva a uma decisão tomada por um poder que faz a lei. Este poder é um poder direto, que atua politicamente protegendo, e pode exigir obediência ao direito que estatui. O poder direto que se opõe aos poderes indiretos de natureza social, econômica, religiosa etc. – que pretendem dominar sem responder pela segurança do dominado – é o poder político do Estado. Esse é estabelecido em toda sua publicidade, com a assunção do risco político derivado dos conflitos necessários à proteção dos membros da unidade política: "Cessando a proteção, cessa imediatamente também o Estado, cai toda obrigação de obediência e o indivíduo retoma sua liberdade 'natural'. A relação entre proteção e obediência é a pedra angular do Estado

arquitetado por Hobbes".[177]

O poder direto é exercido por representantes. Cabe a eles tomar a decisão política. Mesmo quando o povo é chamado, em um plebiscito ou referendo, a expressar de modo imediato sua vontade, a decisão política é uma resposta a uma questão existencial que deve ser colocada por um representante, porque "o povo não pode formular a questão nem apresentá-la a si mesmo", isto é, ele "pode somente dizer sim ou não."[178] Deste modo, a legitimidade plebiscitária exige a representação: "a legitimidade plebiscitária necessita de um governo ou de qualquer outra instância de autoridade na qual possa ter confiança de que colocará corretamente a pergunta correta".[179]

É parte do conteúdo de uma Constituição determinar quem é o representante, aquele que toma a decisão política ou coloca ao povo a questão política. Uma Constituição que não responde claramente à pergunta sobre o governo é inepta, pois em relação a este tema não há como a Constituição furtar-se a decidir. Em relação ao representante, pode-se dizer que "se uma assembleia constituinte intentasse elidir a decisão, a decisão recairia então fora da assembleia, por vias violentas ou pacíficas."[180] Como "a política é inevitável e inextirpável"[181], o poder passará a ser exercido de modo apócrifo, pois não terá a visibilidade e a publicidade de um poder constitucionalmente estabelecido.

A preocupação em garantir o caráter direto, isto é, público, do poder faz Schmitt dedicar-se ao estudo do fenômeno da "antecâmara" do poder, o fenômeno daquele ou daqueles que têm acesso ao poderoso, e, assim, podem influenciar suas decisões. Segundo Schmitt, o detentor do poder só pode tomar decisões a partir de impressões e informações obtidas de terceiros. É impossível a um indivíduo humano, principalmente em um Estado moderno, obter os dados necessários à decisão sem que terceiros selecionem estes dados: "Quem tem acesso ao poderoso e lhe informa, participa já ao poder, seja como ministro responsável, seja que tenha acesso de modo indireto ao ouvido do poderoso. É suficiente que forneça impressões e motivos a aquele que neste momento deve decidir. Assim todo poder direto está submetido imediatamente a influências indiretas."[182]

Esta "dialética do poder", em que todo poder direto está sujeito a influências indiretas, mostra toda sua intensidade quando o poder é exercido de modo monocrático: "Quanto mais o poder político se concentra

em um único lugar e em mãos de uma única pessoa, tanto mais o acesso a este lugar e a esta pessoa se torna o problema mais importante do ponto de vista político, organizativo e de direito constitucional."[183] Schmitt recomenda aos membros de uma assembleia constituinte o máximo cuidado com a institucionalização da antecâmara do poder, de modo que limite o influxo das influências indiretas sobre o poder direto, o único público e responsável.[184]

6.2. Poder direto e proteção

Segundo Schmitt assim procede o raciocínio de Hobbes: "da fragilidade deriva o perigo, do perigo o medo, do medo a necessidade de segurança e daqui a necessidade de um aparato protetivo".[185] Schmitt endossa a tese fundamental: "o vínculo entre proteção e obediência permanece a única explicação do poder"[186], o que não significa que a periculosidade do ser humano – a característica fundamental do animal político – repouse somente no medo, que o leva à violência. A periculosidade está também, como foi visto acima, em que o homem faz perguntas, procura a verdade, e isto o leva a conflitos ainda mais intensos (como Hobbes observou nas guerras de religião) do que a busca da sobrevivência. Aliás, os próprios conceitos básicos da existência estatal como segurança, ordem e paz dependem de interpretação, e isto só pode ser feito a partir de uma verdade que servirá de critério de interpretação. Aquilo que para um liberal é um equilíbrio de oferta e procura no mercado, para um socialista não passa de um mecanismo de exclusão e opressão. Ou seja, a mesma situação que é vista pelo liberal, a partir da liberdade, como sendo de paz e segurança, é interpretada pelo socialista, a partir da igualdade, como sendo de conflito e insegurança. A essência do Estado não está só em realizar a função política de monopolizar a força e, assim, garantir a segurança, mas, antes, de monopolizar a decisão, ou seja, a resposta sobre a questão da segurança e todas as outras questões fundamentais. É por isso que a proteção da vida do indivíduo singular por parte do Estado não abole a questão da verdade, mas a exige, e, portanto, pode-se "construir" racionalmente o Estado seja a partir da tese 1 (Verdade) ou da tese 5 (Proteção e obediência) do esquema de Hobbes: "Daí resulta uma série descendente que vai da verdade do culto público até a obediência e proteção do indivíduo. Agora, se partimos não de

cima para baixo, mas sim do sistema de carências materiais do indivíduo, então a série inicia com a necessidade de proteção e de segurança do homem individual (...) e com a obediência que se lhe segue e que conduz numa sequência inversa e pelo mesmo caminho até os portões da transcendência."[187] O homem é um animal político, isto é, perigoso, porque está situado entre a imanência da vida e a transcendência da verdade. Entra em conflito com os outros pela vida e pelo sentido da vida. O Estado é necessário para decidir as questões sobre a vida em comunidade e sobre o sentido da vida em comunidade.

Por isso o poder direto só realiza sua função de representar vinculando-se com a verdade/princípio/ideia. Se o poder direto é o representante, ele tem caráter público, não podendo estar diretamente vinculado à segurança de cada indivíduo, pois, ainda que isso seja um interesse de todos, permanece um interesse *privado* de todos. O poder direto está vinculado a uma *decisão/definição* do que é segurança. O compartilhar essa definição/decisão faz de um conjunto de indivíduos um povo. Na representação, está a responsabilidade pelos súditos assumida a partir de uma resposta/decisão acerca do que é a segurança. A representação joga um papel integrador na vida estatal porque realiza em si uma mediação entre transcendência/ideia e imanência/vida: "Na medida em que fique um resto de Ideia, também domina a opinião de que algo preexiste à matéria, de que há algo transcendente, o qual significa sempre que há uma autoridade que provém do alto (...). No apelo à Ideia há uma pretensão de representação e, com ela, a de autoridade."[188] A referência à ideia constitui o povo e o representante.

Obviamente, esta ideia/verdade deve fazer-se efetiva na proteção. O poder direto é aquele que toma a decisão sobre a ideia/verdade e sobre os meios de concretizá-la. Na política externa, isso significa utilizar a verdade para diferenciar amigos de inimigos.[189] Na política interna, se traduz na proteção segundo a verdade e na obediência segundo a verdade.

O poder direto na situação concreta atual tem como centro de sua preocupação não a segurança militar, como em Hobbes, mas a segurança econômica: "Em todo Estado moderno a relação do Estado com a economia forma o verdadeiro objeto das questões de política interna verdadeiramente atuais."[190] Schmitt especifica que o Estado se vê compelido pelo "trilema keynesiano": "Garantir à massa da população das regiões industrializadas

uma segurança razoável, com pleno emprego, moeda estável e extensa liberdade de consumo."[191] A segurança que o Estado Econômico e do Bem-estar[192] deve prover está vinculada assim às questões do emprego, estabilidade monetária e ampliação do mercado consumidor. Como a essência do Estado se revela no estado de exceção, Schmitt mostra a nova natureza do Estado na República de Weimar pelo fato de o presidente do Reich utilizar seus poderes de exceção não em matéria político-militar, mas em temas de natureza econômico-financeira.[193]

A Constituição deve designar quem são os detentores do poder direto que devem ser responsabilizados pela segurança (hoje econômica) dos cidadãos, mas a representação possui um caráter existencial, ou seja, somente na assunção do risco político e da decisão, o representante evita que o poder conferido pela constituição seja exercido pelos poderes indiretos do Estado ou da sociedade: "Se os poderes e instâncias constitucionalmente previstas não são capazes de uma vontade política unitária, então se torna inevitável que a substância política passe a determinados centros do sistema social e político. Outros poderes, sejam legais ou apócrifos assumem espontaneamente ou constrangidos, consciente ou inconscientemente, o papel do Estado e governam de modo oculto."[194] Como vimos acima, o inconveniente de ser governado por um poder oculto ou indireto é ter de obedecer a um poder não passível de responsabilização, porque anônimo. Sem um centro definido de imputação de responsabilidade, o Estado deixa de ser integrado: "De fato, o maravilhoso instrumento que representa a moderna organização estatal exige uma vontade e um espírito unitário. Se vários espíritos diferentes e reciprocamente conflitivos manobram na obscuridade este instrumento, a máquina será rapidamente destruída."[195] Um poder indireto refugia-se na invisibilidade, a invisibilidade leva à irresponsabilidade, a irresponsabilidade acarreta a desagregação do Estado.

6.3. Poder direto e obediência

O direito público romano distinguia poder (*potestas*) e autoridade (*auctoritas*). O poder está ligado à capacidade de agir, à efetividade. A autoridade está vinculada à confirmação dos atos do poder. Em Roma, o povo e seus magistrados detinham o poder, mas a autoridade estava no Senado. Assim, uma lei votada pela assembleia do povo, um ato de vontade

do “soberano”, só adquiria validade jurídica se tivesse confirmação do Senado. Quando Hobbes utiliza a expressão “*auctoritas, non veritas, facit legem*” (a autoridade, não a verdade, faz a lei), para Schmitt “é essencial o fato de que não distingue mais entre *auctoritas* e *potestas*, e que faz da *summa potestas* a *summa auctoritas*.”[196]

Ou seja, para Hobbes, o poder não se distingue da autoridade, nem necessita ser confirmado por ela. O poder está autorizado pela sua própria efetividade como poder. Ele pode reclamar o direito de ser obedecido pelo fato de conseguir proteger aquele que lhe obedece: o Estado, quando “funciona como irresistível instrumento de tranquilidade, de segurança e ordem (...) tem todo direito objetivo e subjetivo para constituir-se como único e supremo legislador e como única fonte do direito.”[197] O poder que protege, o poder direto, está autorizado a criar o direito positivo, pode mesmo pretender o monopólio da positivação do direito. Os seus comandos não são meros atos de força, mas pela efetividade da proteção devem ser considerados como normas válidas.

A obrigação de obediência só pode existir diante de um sujeito determinado. O poder direto, por natureza público e responsável, não consiste em um mero fato, como o poder indireto, mas é o exercício de uma função de proteção – se a função não é exercida, não há poder *político*. O importante desta perspectiva é colocar a obrigatoriedade/validade do direito não na perspectiva do detentor do poder, mas na perspectiva daquele que está submetido ao poder. De certo modo, continua a haver uma distinção entre poder e autoridade. O poder está nas mãos daquele que decide, mas a autoridade está situada na comunidade submetida à decisão. Se todo direito é ordem, nesta podemos distinguir dois aspectos: a definição de ordem por parte do poder direto e a aceitação desta definição por parte da comunidade ordenada.

Conclusão

Examinando o conceito de constituição como estatuto jurídico do político, alcançamos a identificação de alguns elementos que podemos agora sistematizar utilizando a distinção entre estrutura e função.

De um ponto de vista estrutural, o direito é forma, isto é, mediação entre

princípio e realidade. Há três modos de manifestação da forma jurídica: norma, decisão, instituição. Quando as formas jurídicas coordenam-se produzindo ordem, a situação concreta de um povo pode ser descrita como de “normalidade”.

Estruturalmente, a política é representação, isto é, mediação do povo consigo mesmo (povo ausente/povo presente). Com a representação, uma comunidade pode aplicar com clareza a distinção amigo/inimigo, diferenciando-se de outros grupos humanos. Do mesmo modo, pela representação é possível pensar um “todo” social, que desenvolva em relação aos seus membros uma relação de proteção e obediência. Funcionalmente, a política é integração, a passagem contínua da multiplicidade social à unidade política. A política é a atividade que dá conteúdo real à proposição: “nós, o povo”.

Em uma abordagem estrutural, a Constituição é a mediação entre direito e política. Os elementos integrantes da Constituição como estrutura são a verdade, a decisão e o poder direto. Combinados em uma definição, poderíamos dizer que a Constituição de um Estado moderno é a decisão tomada por um soberano sobre a verdade fundadora da comunidade e sobre os poderes diretos responsáveis pela efetivação desta verdade. No seu momento fundador, a Constituição é um ato político que visa um conteúdo jurídico. Aqui mediação significa coimplicação: o ato fundador é um ato de exceção (política) que visa a normalidade (direito). Normalidade e exceção são conceitos correlativos: um só é entendido por referência ao outro. A decretação de exceção que não vise a normalidade é despotismo, e a normalidade que não está fundada em um poder que pode excepcioná-la será levada à autodestruição diante de circunstâncias excepcionais.

A verdade da Constituição é no direito, supralegalidade, princípio que inspira todo direito estatal. Na política, a verdade se manifesta como *ethos* político, que, partilhado por todos os integrantes da comunidade, relativiza todas as oposições de visão de mundo no interior do Estado.

A constituição explicita os órgãos e procedimentos que permitem reconhecer na decisão do Estado a criação de uma lei, norma pública e coercitiva, que viabiliza as condições de existência social e de funcionamento burocrático em uma sociedade complexa. Ao mesmo tempo, a constituição, fruto da decisão legítima do soberano, permite vincular a esta decisão soberana as decisões dos representantes, legitimando-as.

Por fim, o poder direto pode pretender, no plano jurídico obediência às suas leis, porque no plano político protege aqueles que lhe são submetidos. É papel da Constituição identificar os detentores do poder direto, isto é, os representantes, tornando o poder público e responsável.

A Constituição reproduz em um nível fundamental as relações de mútua dependência entre direito e política em geral. A política moderna depende de um representante (instituição) que toma a decisão política (decisão) que instaura a legalidade (norma). Por sua vez, o direito moderno depende de um poder (representante) que permita a ordem por garantir a integração de um povo concreto (representado).

A Constituição está de tal modo vinculada ao direito e à política em um Estado moderno que seu estatuto é indiscernível *a priori.* Ela tanto pode ser o estatuto jurídico do político como o estatuto político do jurídico, e essa determinação dependerá da perspectiva daquele situado em uma situação concreta. Carl Schmitt, diante dos perigos à integração estatal na República de Weimar, ressaltou o aspecto político e a função de integração da Constituição, colocando um órgão político, o chefe de Estado, a defender a decisão política fundamental diante de riscos políticos que ameaçavam a unidade política do povo alemão. Em um período de normalidade, ao contrário, tende-se a privilegiar o aspecto ordem, e a Constituição é pensada como um direito a ser aplicado por juízes no interior de um processo.

O resultado de nossa investigação nos permite dizer que a própria Constituição não revela seu estatuto fora de uma situação concreta, de exceção ou de normalidade de uma comunidade concreta. Assim, a questão “o que é uma Constituição?” está existencialmente conectada à questão “quem decide o que é uma Constituição?” .

Referências

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999.

ATRIA, Fernando. *La forma del derecho.* Santiago, 2009 (no prelo).

BEAUD, Olivier. Carl Schmitt ou le juriste engagé. In: SCHMITT, Carl. *Théorie de la Constitution*. Paris: PUF, 2001.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade.* São Paulo:

UNESP, 1991.

HAURIOU, Maurice. *La teoría de la institución y de la fundación.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

HERRERO, Montserrat. *El nomos y lo político: la filosofia política de Carl Schmitt.* Pamplona: Eunsa, 1997.

HOBBES, Thomas. *Do cidadão.* São Paulo: Martins Fontes, 1992.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito.* São Paulo: Max Limonad, 2000.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* São Paulo: Loyola, 1991.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

RUIZ MIGUEL, Carlos. Estudio preliminar. In: SCHMITT, Carl. *Catolicismo y forma política.* Tradução de Carlos Ruiz Miguel. Madrid: Tecnos, 2000.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución.* Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

_____. *Théorie de la Constitution.* Tradução de Olivier Beaud. Paris: PUF, 2001.

_____. *Teoría del partisano*. Tradução de Anima Schmitt de Otero. Buenos Aires: Struhart, 2001.

_____. Referendum e iniziativa popolare. Tradução de Manuela Alessio. In: SCHMITT, C. *Democrazia e liberalismo.* Milano: Giuffrè, 2001.

_____. Hugo Preuss e la dottrina tedesca dello Stato. Tradução de Manuela Alessio. In: SCHMITT, C. *Democrazia e liberalismo.* Milano: Giuffrè, 2001.

_____. *Il custode della costituzione*. Tradução de Antonio Caracciolo. Milano: Giuffrè, 1981.

_____. *La dictature.* Tradução de Mira Köller e Dominique Séglard. Paris: Éditions du Seuil, 2000.

_____. *O conceito do político.* Tradução de Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

_____. *Dialogo sul potere*. Tradução de José Scanu. Gênova: Il melangolo, 1990.

_____. *Romanticismo político.* Tradução de Luis Rossi e Silvia

Schwarzböck. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes Ediciones, 2001.

_____. *Ex captivitate salus.* Tradução de Anima Schmitt de Otero. Buenos Aires: Struhart, 1994.

_____. Il leviatano nella dottrina dello stato di Thomas Hobbes. Senso e fallimento di un símbolo político. Tradução de Carlo Galli. In: *Scritti su Thomas Hobbes.* Milano: Giuffrè, 1986.

_____. Il compimento della riforma. Osservazioni e cenni su alcune nuove interpretazioni del *Leviatano*. Tradução de Carlo Galli. In: *Scritti su Thomas Hobbes.* Milano: Giuffrè, 1986.

_____. *Risposte a Norimberga*. Tradução de Furio Ferraresi. Roma: Laterza, 2006.

_____. *Catolicismo y forma política.* Tradução de Carlos Ruiz Miguel. Madrid: Tecnos, 2000.

_____. *La valeur de l'État et la signification de l'individu.* Tradução de Sandrine Baume. Genebra: Droz, 2003.

_____. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica.* Tradução de Montserrat Herrero. Madrid: Tecnos, 1996.

_____. *Hamlet ou Hécube.* Tradução de Jean-Louis Besson e Jean Jourdheuil. Paris: L'Arche, 1992.

_____. Situación histórico-intelectual del parlamentarismo de hoy. Tradução de Thies Nelsson e Rosa Grueso. In: *Sobre el parlamentarismo.* Madrid: Tecnos, 1996.

_____. Legalidad y legitimidad. In: *Aguilar,* Hector Orestes (org.). *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

_____. Teologia política. In: *Aguilar,* Hector Orestes (Org.). *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

_____. El imperialismo moderno en el derecho internacional público. In: *Aguilar,* Hector Orestes (Org.). *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

_____. Teologia política II. In: *Aguilar,* Hector Orestes (Org.). *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

_____. Las nuevas tareas de la historia constitucional. In: *Aguilar,* Hector Orestes (Org.). *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

_____. L'ordinamento del mondo dopo la seconda guerra mondiale. Tradução de Milena Massalongo. In: *Agamben,* Giorgio (Org.). *Un giurista davanti a se stesso.* Vicenza: Neri Poz-za, 2005.

_____. Colloquio radiofônico del 1 febbraio 1933. Tradução de Stefano Marchesoni. In: *Agamben*, Giorgio (Org.). *Un giurista davanti a se stesso.* Vicenza: Neri Pozza, 2005.

_____. Un giurista davanti a se stesso. Tradução de Fulco Lanchester. In: *Agamben,* Giorgio (Org.). *Un giurista davanti a se stesso.* Vicenza: Neri Pozza, 2005.

_____. La rivoluzione legale mondiale. Tradução de Milena Massalongo. In: *Agamben,* Giorgio (Org.). *Un giurista davanti a se stesso.* Vicenza: Neri Pozza, 2005.

_____. *Glossario*. Milano: Giuffrè, 2001.

STRAUSS, Leo. Comentario sobre *El concepto de lo político* de Carl Schmitt. In: MEIER, H. *Carl Schmitt, Leo Strauss y el concepto de lo político.* Buenos Aires: Katz, 2008.

1 Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais – UFRGS. Doutor em Direito – USP. Professor adjunto de Filosofia do Direito – UFRGS.

2 MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* p. 90-93. Toda pesquisa deve formular, de início, um objetivo que permita orientar a pesquisa e avaliar o seu resultado. Deste modo, uma certa concepção do objeto deve ser explicitada no início, para manter a unidade da investigação e, ao mesmo tempo, fornecer um critério de avaliação dos resultados da pesquisa quando esta for concluída.

3 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional.* vol. 1, p. 14. Jorge Miranda propõe a ampliação da perspectiva para a consideração da constituição como constituição política e constituição social (*Manual, cit.,* p. 15). Escolhemos aqui dar ênfase às construções teóricas de Schmitt dos anos 1920 e início dos anos 1930, que permitem definir a constituição como estatuto jurídico do político. A obra posterior de Schmitt, com o conceito de *nomos*, de fato exige uma caracterização da constituição como estatuto jurídico do político e do social.

4 Pode-se considerar o texto como inspirado em Schmitt. Não pretende ser uma exegese do seu pensamento algo importante do ponto de vista acadêmico, mas que foge ao

interesse e à competência do autor do presente texto. A obra de Schmitt é vista apenas como instrumento para a filosofia do direito, que como filosofia está centrada na questão da verdade (aqui, a resposta à questão “o que é uma Constituição?”), e não em autores.

5 Para as raízes teológicas do conceito e sua importância no pensamento de Schmitt, ver BEAUD, Olivier. *Carl Schmitt ou le juriste engagé*, p. 56-58.

6 SCHMITT, Carl. *Teologia política*. p. 38.

7 BEAUD, Olivier, Carl Schmitt, cit., p. 49-58.

8 SCHMITT, Carl. *Teologia*, cit., p. 38.

9 SCHMITT, Carl. *Catolicismo y forma política*. p. 38.

10 SCHMITT, Carl. *Las nuevas tareas de la historia constitucional*. p.140.

11 SCHMITT, Carl. *Situación histórico-intelectual del parlamentarismo de hoy*. p. 12.

12 SCHMITT, Carl. *Colloquio radiofônico del 1 febbraio 1933*. p. 35.

13 SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. p. 25.

14 SCHMITT, Carl. *Colloquio, cit.,* p. 34.

15 SCHMITT, Carl. *Teologia*, cit., p. 36.

16 SCHMITT, Carl. *Teologia*, cit., p. 42.

17 SCHMITT, Carl. *Catolicismo*, cit., p. 37.

18 *Idem*, *ibidem*.

19 SCHMITT, Carl. *Glossario*. p. 332.

20 *Idem*, *ibidem*.

21 SCHMITT, Carl. *La dictature.* p. 178.

22 SCHMITT, Carl. *Hamlet ou Hécube*. p. 92.

23 SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos*..., cit., p. 5.

24 SCHMITT, Carl. *Teologia*, cit., p. 27.

25 SCHMITT, Carl. *Colloquio, cit.,* p. 34.

26 SCHMITT, Carl. *La dictature*. p. 246.

27 SCHMITT, Carl. *Teologia*, cit., p. 28.

28 *Idem*, *ibidem*.

29 SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos...*, cit., p. 29.

30 SCHMITT, Carl. *Teologia*, cit., p. 42.

31 SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos..., cit.,* p. 47.

32 SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos..., cit.,* p. 72.

33 SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos..., cit.,* p. 66.

34 SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos..., cit.,* p. 49.

35 SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos..., cit.,* p. 53.

36 SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos..., cit.,* p. 63.

37 SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos..., cit.,* p. 20.

38 SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos..., cit.,* p. 21.

39 Para a influência de Maurice Hauriou na obra de Carl Schmitt, cf. MACEDO JR., Ronaldo Porto, *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*, obra que constitui uma excelente introdução ao pensamento jurídico-político de Schmitt.

40 SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos, cit.,* p. 62.

41 HAURIOU, Maurice. *La teoria de la institucion y de la fundacion*. p. 39.

42 HAURIOU, Maurice. *La teoria,* cit., p. 42.

43 SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos*, cit., p. 53.

44 SCHMITT, Carl. *La valeur de l’État et la signification de l’individu*. p. 116.

45 SCHMITT, Carl. *El imperialismo moderno en el derecho internacional público*. p. 101.

46 SCHMITT, Carl. *Teoria de la constitución*, p. 213. De agora em diante, *TC*.

47 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 205.

48 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 211.

49 SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. p. 177.
50 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. v. 5, 1157b.
51 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 225.
52 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 227.
53 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 228.
54 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 207.
55 SCHMITT, Carl. *O conceito*, cit., p. 52.
56 SCHMITT, Carl. *Situación, cit.,* p. 16.
57 SCHMITT, Carl. *O conceito, cit.,* p. 179.
58 SCHMITT, Carl. *Teologia política II*. p. 450.
59 O guerrilheiro, que luta sem estar ligado a um governo, tem necessidade do reconhecimento de um governo estrangeiro. Sua irregularidade não pode ser absoluta. Sem o vínculo com algum governo estrangeiro que o apoie, a irregularidade se torna "apolítica e chega a ser puramente criminosa, porque perde sua relação com qualquer regularidade onde quer que seja. Isto é o que distingue o guerrilheiro de um (...) bandido." SCHMITT, Carl. *Teoria del partisano*, p. 110. O mero conflito armado não tem natureza política. A guerra deve situar-se em um contexto de representação para adquirir natureza política. No caso citado, os americanos possuíam estruturas representativas do período colonial e foram reconhecidos como parte beligerante pelo governo francês.
60 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 214.
61 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 205.
62 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 209 – cotejado com a edição francesa, p. 347.
63 HERRERO, Montserrat. *El nomos y lo político*. p. 305.
64 HERRERO, Montserrat. *El nomos, cit*., p. 312.
65 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 211.
66 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 206.
67 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 207.
68 SCHMITT, Carl. Il leviatano nella dottrina dello stato di Thomas Hobbes. Senso e fallimento di un símbolo político, p. 123.
69 SCHMITT, Carl. *Il leviatano, cit.,* p. 121.
70 SCHMITT, Carl. *O conceito, cit.,* p. 69.
71 HERRERO, Montserrat, *El nomos*, cit., p. 312.
72 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 307.
73 SCHMITT, Carl. *Catolicismo, cit.,* p. 30.
74 SCHMITT, Carl. *O conceito, cit.,* p. 88.
75 RUIZ MIGUEL, Carlos. *Estudio preliminar*. p. XXXII.
76 SCHMITT, Carl. *Catolicismo, cit.,* p. 21.
77 SCHMITT, Carl. *Catolicismo, cit.,* p. 25.
78 A edição francesa da *Teoria da Constituição* indica sempre o termo alemão que vem traduzido por *représentation.*
79 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 208.
80 SCHMITT, Carl. *Catolicismo, cit.,* p. 36.
81 SCHMITT, Carl. *Catolicismo*, cit., p. 17.
82 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 211.
83 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 235.
84 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 212.
85 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 212.
86 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 209.
87 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 307.
88 Cf. SCHMITT, Carl. *Il custode della costituzione*. p. 203-242.

89 BEAUD, Olivier, Carl Schmitt, cit., p. 48.
90 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 207.
91 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 207.
92 RUIZ MIGUEL, Carlos. *Estudio*, cit., p. XXIX.
93 SCHMITT, Carl. *Catolicismo, cit.,* p. 23.
94 SCHMITT, Carl. *Catolicismo, cit.,* p. 8.
95 SCHMITT, Carl. *Catolicismo*, cit., p. 10.
96 SCHMITT, Carl. *Catolicismo*, cit., p. 33.
97 RUIZ MIGUEL, Carlos, *Estudio*, cit., p. XXX-XXXI.
98 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 207.
99 SCHMITT, Carl. *Un giurista davanti a se stesso*. p. 174.
100 SCHMITT, Carl. Il leviatano, cit., p. 115.
101 SCHMITT, Carl. *Ex captivitate salus*. p. 71.
102 SCHMITT, Carl. *Ex captivitate, cit.,* p. 53.
103 SCHMITT, Carl. *Ex captivitate, cit.,* p. 60-61.
104 SCHMITT, Carl. *O conceito, cit.,* p. 149.
105 SCHMITT, Carl. *O conceito*, cit.
106 SCHMITT, Carl. *Un giurista davanti a se stesso*. p. 174.
107 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 93-94.
108 Para o conceito de reflexividade, cf. GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade.* p. 43-51.
109 Cf. ATRIA, Fernando. *La forma del derecho.* Santiago, 2009 (no prelo).
110 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 107.
111 Nos termos da teologia política de Schmitt, pode-se dizer que o poder constituinte reflete uma concepção *teísta* e não *deísta* de Deus. No teísmo, a ação criadora de Deus não confere ao mundo criado uma existência autônoma. Ao contrário, a contingência existencial do mundo exige uma intervenção contínua da divindade para permanecer existindo. No deísmo, Deus cria o mundo, mas a partir deste momento o mundo dispensa a intervenção divina. O mundo é regido pelas leis divinas, mas não tem necessidade de uma decisão contínua de Deus para permanecer existindo. A doutrina deísta fundamenta a teoria liberal da Constituição, em que as leis constitucionais esgotam o fenômeno da Constituição, excluindo a ideia de que seja necessária uma decisão contínua do povo para mantê-la existindo.
112 SCHMITT, Carl. *L'ordinamento del mondo dopo la seconda guerra mondiale*, p. 219, nota 4.
113 SCHMITT, Carl. *Il custode, cit.,* p. 166.
114 STRAUSS, Leo. *Comentario sobre el concepto de lo político de Carl Schmitt*. p. 163.
115 SCHMITT, Carl. *Ex captivitate, cit.,* p. 84-85.
116 Aristóteles mencionava entre as características da amizade política a *homonoia*, o consenso acerca do que é fundamental para a vida na *polis.*
117 SCHMITT, Carl. *O conceito, cit.,* p. 149.
118 *Idem*, *ibidem*.
119 *Idem*, *ibidem*.
120 SCHMITT, Carl. *Il custode, cit.,* p. 140.
121 SCHMITT, Carl. *Il custode, cit.,* p. 175.
122 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 167.
123 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 167.
124 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 168.
125 *Idem*, *ibidem*.
126 SCHMITT, Carl. *Hugo Preuss e la dottrina tedesca dello Stato*, p. 114.

127 SCHMITT, Carl. *Hugo Preuss*, cit., p. 113.
128 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 167.
129 SCHMITT, Carl. Legalidad y legitimidad. p. 304.
130 SCHMITT, Carl. La rivoluzione legale mondiale. p. 193.
131 SCHMITT, Carl. *Legalidad, cit.,* p. 305.
132 SCHMITT, Carl. *Legalidad, cit.,* p. 335.
133 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 169.
134 SCHMITT, Carl. *O conceito*, cit., p. 150
135 *Idem*, *ibidem*.
136 SCHMITT, Carl. *O conceito*, cit., p. 149.
137 *Idem*, *ibidem*.
138 SCHMITT, Carl. *Teologia*, cit., p. 62.
139 SCHMITT, Carl. *Romanticismo político*. p. 183.
140 SCHMITT, Carl. cit., p. 192.
141 SCHMITT, Carl. *Romanticismo*, cit., p. 22.
142 SCHMITT, Carl. *Romanticismo*, cit., p. 239.
143 SCHMITT, Carl. *El imperialismo moderno en el derecho internacional público*. p. 109.
144 SCHMITT, Carl. *Il compimento della riforma*, p. 181.
145 HERRERO, Montserrat, *El nomos*, cit., p. 506-507.
146 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 104.
147 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 211.
148 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 46
149 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 46.
150 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 48.
151 SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos, cit.,* p. 30.
152 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 78.
153 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p.109.
154 SCHMITT, Carl. *Teologia, cit.,* p. 21.
155 SCHMITT, Carl. *La dictature*, cit., p. 19.
156 SCHMITT, Carl. *La dictature,* cit., p. 18.
157 SCHMITT, Carl. *Legalidad*, cit., p. 332.
158 SCHMITT, Carl. *Il custode,* cit., p. 198-199.
159 SCHMITT, Carl. *O conceito*, cit., p. 211.
160 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 108.
161 SCHMITT, Carl. *Il leviatano, cit.,* p. 115.
162 SCHMITT, Carl. *Legalidad*, cit., p. 259.
163 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 155.
164 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 155.
165 SCHMITT, Carl. *Legalidad*, cit., p. 260.
166 SCHMITT, Carl. *Referendum e proposta di legge d'iniziativa popolare*. p. 74.
167 SCHMITT, Carl. *Il leviatano*, cit., p. 114.
168 *Idem*, *ibidem*.
169 SCHMITT, Carl. *Colloquio, cit.,* p. 34.
170 SCHMITT, Carl. *La rivoluzione legale mondiale*, cit., p. 189.
171 SCHMITT, Carl. *La dictature*, cit., p. 31.
172 SCHMITT, Carl. *Il custode*, cit., p. 157.
173 SCHMITT, Carl. *Teoría del partisano*. p. 101.
174 SCHMITT, Carl. *Teoría*, cit., p. 103.
175 SCHMITT, Carl. *Legalidad, cit.,* p. 273.
176 SCHMITT, Carl. *Legalidad*, cit., capítulo II.

177 SCHMITT, Carl. *Il leviatano*, cit., p.121.
178 SCHMITT, Carl. *Referendum e proposta di legge*, cit., p. 67.
179 SCHMITT, Carl. *Legalidad, cit.,* p. 332.
180 SCHMITT, Carl. *TC*, cit., p. 52.
181 SCHMITT, Carl. *Il custode,* cit., p. 169.
182 SCHMITT, Carl. *Dialogo sul potere*. p. 21.
183 SCHMITT, Carl. *Risposte a Norimberga*. p. 113.
184 SCHMITT, Carl. *Dialogo, cit.,* p. 44.
185 SCHMITT, Carl. *Dialogo*, cit., p. 19.
186 SCHMITT, Carl. *Dialogo*, cit., p. 15.
187 SCHMITT, Carl. *O conceito, cit.,* p. 149.
188 SCHMITT, Carl. *Catolicismo*, cit., p. 34.
189 Parece-nos que o uso do termo “político”, quando se refere a fenômenos internos ao Estado na obra de Schmitt, exige uma reformulação do conceito do político, uma vez que a dicotomia amigo/inimigo é de difícil aplicação na política interna, como o próprio Schmitt determina o inimigo como “o estrangeiro”. Deste modo, a política externa se rege diretamente pela dicotomia amigo/inimigo, mas, na política interna, esta dicotomia tem uma validade indireta, na medida em que todo conflito político leva potencialmente à guerra (que não pode ser atualizada). No interior do Estado, na política interna, o fenômeno político, enquanto fenômeno de poder, é regido diretamente pela dicotomia proteção/obediência e apenas indiretamente pela dicotomia amigo/inimigo. Na política interna, inimigo é aquele que nega absolutamente a obediência, sendo, portanto, o conceito de obediência anterior ao de inimizade. Inimigo é quem nega a validade da ideia mediada pelo representante, e, portanto, nega as pretensões do representante à obediência. Assim, como chama a atenção Schmitt (*Scritti*, p. 163), o ateu, para Hobbes, é aquele que nega a verdade fundadora do Estado hobbesiano (Jesus é o Cristo) e, portanto, nega obediência ao Estado, não é um criminoso, mas um inimigo: “O ateu com efeito, é punido imediatamente por Deus ou então pelos reis que estão abaixo de Deus: mas não como um súdito é punido por seu rei, porque não lhe cumpriu as leis, mas sim como inimigo sofre nas mãos do inimigo, porque não quis lhe aceitar as leis – isto é, pelo direito de guerra, assim como sucedeu aos gigantes em guerra contra Deus” (HOBBES. *Do cidadão*. II, XIV, par. 19, p. 255.).
190 SCHMITT, Carl. *Il custode,* cit., p. 128.
191 SCHMITT, Carl. *L’ordinamento del mondo*, cit., p. 247.
192 SCHMITT, Carl. *Il custode,* cit., p. 145.
193 SCHMITT, Carl. *Il custode*, cit., p. 182-192.
194 SCHMITT, Carl. *Il custode*, cit., p. 155.
195 SCHMITT, Carl. *Legalidad*, cit., p. 123.
196 SCHMITT, Carl. *Il leviatano*, cit., p. 94.
197 SCHMITT, Carl. *Il leviatano*, cit., p. 96.

Da Organização do Estado

José Augusto Delgado[1]

SUMÁRIO

1. A organização do Estado Brasileiro na Constituição Federal. **2.** A função do Título III da Constituição Federal de 1988. **3.** Interpretação e aplicação do art. 18 e parágrafos da CF. **4.** Vedações impostas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios pelo art. 19 da Constituição Federal. **5.** O art. 20 da Constituição Federal e os bens da União. **6.** A competência da União fixada pelo art. 21 da Constituição Federal. **7.** A competência privativa da União para legislar (art. 22 e incisos da CF). **8.** Competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: art. 23, incisos I a XIII da CF. **9.** A competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre as relações jurídicas enumeradas no art. 24, incisos I a XVI, da Constituição Federal. **10.** A organização dos Estados Federados na Constituição Federal de 1988 (arts. 25 a 28). **11.** A regulação constitucional dos Municípios como entes integrantes da República Federativa do Brasil (arts. 29 a 31 da CF). **12.** O Distrito Federal e os Territórios na Constituição Federal de 1988 (arts. 32 e 33). **13.** Da intervenção nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios (arts. 34 a 36 da CF).

1. A organização do Estado Brasileiro na Constituição Federal

A organização do Estado Brasileiro está disposta no Título III da Constituição Federal, constituído pelos artigos 18 a 43, divididos em capítulos assim nominados:

a) Capítulo I – Da Organização Político-Administrativa

b) Capítulo II – Da União

c) Capítulo III – Dos Estados Federados

d) Capítulo IV – Dos Municípios

e) Capítulo V – Do Distrito Federal e dos Territórios, dividido em duas Seções: Seção I –Do Distrito Federal. Seção II – dos Territórios

f) Capítulo VI – Da Intervenção

g) Capítulo VII – Da Administração Pública, dividido em quatros Seções:

Seção I – Disposições Gerais. Seção II – Dos Servidores Públicos. Seção III – Dos Servidores Públicos: Dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. Seção IV – Das Regiões

Os comentários que passamos a desenvolver estão circunscritos aos artigos 18 a 36, § 4º, Título III da Constituição Federal, não abrangendo, portanto, as disposições que são voltadas a disciplinar, em capítulos próprios, a Administração Pública, o relacionamento do Estado com os servidores civis e militares e a constituição de regiões.

2. A função do Título III da Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, em seu Título III, visa reafirmar e especificar a organização do postulado do federalismo, forma escolhida para o Estado Brasileiro, conforme dispõe o seu art. 1º: "Art. 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":

Na essência, o propósito da Carta Magna, a partir do art. 18, é estabelecer, com força de norma constitucional, como os elementos componentes do federalismo adotado devem existir, funcionar, ter validade e produzir, consequentemente, eficiência e efetividade.

A Organização do Estado Brasileiro, segundo as mensagens dos arts. 18 a 43, da Constituição Federal, está limitada por um conjunto de normas que são interpretadas e aplicadas tendo-se em consideração os aspectos axiológicos seguintes:

a) o da repartição das competências que tem por objeto distribuir constitucionalmente os poderes de cada ente do Estado federal;

b) o da predominância dos interesses da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em seus níveis de alcance geral, nacional, regional e local;

c) o do equilíbrio federativo;

d) o da competência material exclusiva;

e) o da competência material comum, cumulativa ou paralela;

f) o da competência legislativa exclusiva;
g) o da competência legislativa privativa;
h) o da competência legislativa concorrente;
i) o da competência legislativa suplementar;
j) o da competência enumerada;
k) o da competência reservada ou remanescente;
l) o da competência residual;
m) o da competência implícita ou decorrente;
n) o da competência econômica;
o) o da competência social;
p) o da competência política e administrativa;
q) o da competência funcional;
r) o da competência internacional;
s) o da competência originária; e
t) o da competência delegada.

As entidades jurídicas mencionadas funcionam como subprincípios vinculados aos princípios republicano e federativo que, por sua vez, são sustentadores do Estado Democrático de Direito apregoado pela Constituição Federal, que tem sua base estrutural ligada nos postulados da soberania nacional, do respeito à dignidade humana, da supremacia dos valores da cidadania e sociais do trabalho (art. 1º, incisos I a IV).

3. Interpretação e aplicação do art. 18 e parágrafos da CF

O *caput* do art. 18 e parágrafos da Constituição Federal de 1988 determinam:

"Art. 18 – A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

§ 1º – Brasília é a Capital Federal.

§ 2º – Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar.

§ 3º – Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar.

§ 4º – A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei."

O referido dispositivo está voltado a estruturar de modo concreto o Estado Federal Brasileiro, afirmando a sua divisão política, estabelecendo a técnica de repartição dos poderes autônomos exercidos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que são os componentes da República Federativa do Brasil, conforme está posto no art. 1º, *caput*, da CF, já anotado.

O *caput* do art. 18 da Constituição Federal expõe, de modo bem claro, quais são os entes político-administrativos que compõem a República Federativa do Brasil, isto é, o Estado Federal do Brasil: a) a União; b) os Estados; c) o Distrito Federal; e d) os Municípios.

O Estado Federal do Brasil, segundo decorre dos postulados, princípios e regras explícitas e implícitas ordenados na Constituição Federal, tem as seguintes características básicas:

a) soberania;

b) autonomia política caracterizada pela possibilidade de todas as pessoas político-estatais exercitarem, de modo mais ou menos intenso, a capacidade de auto-organização, capacidade de autogoverno, capacidade de autolegislação, capacidade de autoadministração, capacidade financeira e capacidade tributária, nos limites fixados pela Constituição Federal;

c) repartição de competências expressamente definidas na Constituição Federal;

d) colaboração obrigatória dos Estados-membros na constituição da vontade da União;

e) indissolubilidade do pacto federativo;

f) possibilidade, de modo excepcional, de intervenção federal nos Estados;

g) existência interna de uma pluralidade de níveis de pessoas político-estatais no território do Estado (nível nacional, nível regional e até mesmo nível local);

h) respeito ao princípio da igualdade jurídica interna entre todos os entes da federação;

i) os entes federados possuem personalidade jurídica de Direito Público Interno, sem nenhuma subordinação de um ente a outro;

j) autorização para que cada ente federativo possa atuar, concomitantemente, nos limites das suas respectivas autonomias, conforme fixado na Constituição Federal;

k) a soberania interna e externa da Nação constituída em Estado será exercida pela União;

l) ser indissolúvel o vínculo federativo, constituindo-se, portanto, o dispositivo constitucional que o reconhece como cláusula pétrea;

m) possibilidade de os entes federados, pelos seus representantes legais, participarem das decisões relativas aos interesses nacionais, o que se viabiliza pela via de atuação da Câmara Federal;

n) instituição de uma unidade jurisdicional voltada para impor soluções uniformes aos litígios entre os entes federados, mantendo-se a supremacia da vontade constitucional.

O art. 18 em exame reflete, de modo implícito e explícito, todas as características acima anunciadas, impondo, portanto, a força do federalismo adotada pelo Constituinte de 1988, tendo-o, assim, como forma clássica de o Estado ser organizado.

A doutrina revela, há muito tempo, que o federalismo é um fenômeno jurídico-político de organização estatal que mais se aproxima com o Estado Democrático de Direito, tendo tido origem, no século XVIII, quando da formação dos Estados Unidos da América. A sua aceitação decorre do fato de ser uma forma de os Estados, preservando a independência, se unirem por via de um pacto indissolúvel que tem seus limites normativos fixados pela Constituição Federal, tendo como base maior a adoção do princípio da igualdade jurídica interna, autonomia política e repartição de competências.

A história do constitucionalismo nos mostra que o federalismo, desde o seu nascimento, já conheceu três fases evolutivas. Na sua primeira fase, no século XVIII, o que marcava a sua existência era a acentuada autonomia dos entes federados regionais (os Estados), diminuindo a autonomia do

Estado-União em controlá-los. Em face das ideias desenvolvidas pela Ciência Política nos meados do século XIX, o sistema federalista passou a conviver com um regime onde certo equilíbrio entre a autonomia dos entes federados regionais e a autonomia do Estado-União passou a prevalecer. Na terceira e última fase de sua evolução, configurado está em que a vontade do Estado-União passou a ter supremacia sobre os interesses dos Estados federados, fato que foi influenciado pela constatação da necessidade de o Estado intervir no domínio econômico para resguardar interesses nacionais e sociais que surgiram pelas reivindicações da cidadania em decorrência dos efeitos produzidos pelas crises políticas, militares e econômicas herdadas das duas últimas Guerras Mundiais, da Depressão Econômica de 1929, da globalização e da dependência dos Estados e dos Municípios para com o poder central.

Do conteúdo normativo do art. 18 e seus parágrafos da Constituição Federal, destacamos os comandos seguintes:

é regra determinante da organização político-administrativa da República Federativa do Brasil;

os Municípios integram, de modo indubitável, a Federação;

os entes federativos são todos autônomos;

os Territórios Federais integram a União;

a criação, a transformação dos Territórios em Estado ou reintegração dos criados ao Estado de origem só podem ser feitas por lei complementar;

os Estados só podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para que sejam anexados a outros, ou formarem novos Estados, se houver aprovação da população por meio de plebiscito e do Congresso Nacional, tudo regulado por lei complementar;

a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, da mesma forma, só podem ser feitos por lei estadual previamente aprovada, obedecendo ao período determinado por Lei Complementar Federal, tudo subordinado, ainda, à consulta prévia, sob a modalidade de plebiscito, das populações dos Municípios envolvidos, tudo antecedido de divulgação de Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

Após as rápidas considerações sobre os fundamentos doutrinários e legais que emprestam destaque ao art. 18 e seus parágrafos da Constituição Federal, especialmente, como norma nuclear da Organização Político-

Administrativa do Brasil, passamos a apresentar, em forma de enunciados, como o Supremo Tribunal Federal vem interpretando e aplicando os comandos neles contidos.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem revelado a respeito do art. 18 e seus parágrafos da Constituição Federal de 1988, quando provocado para analisar e aplicar a sua existência, a sua validade, a sua eficácia e a sua efetividade, o seguinte:

Enunciado n. 1 – "É inconstitucional a vinculação do reajuste de vencimentos de servidores estaduais ou municipais a índices federais de correção monetária" (Súmula n. 681). Observação: Foi prestigiado o princípio da autonomia dos entes federados.

Enunciado n. 2 – É impossível tribunais estaduais concederem a servidores estaduais diferença de percentual de reajuste concedido no âmbito federal, com base no princípio da isonomia (RE n. 459.128, julgado em 07-04-2009, 1a Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, In: *Informativo* n. 541). Observação: O pacto federativo não conduz a se entender como aplicável, na espécie, o princípio da igualdade.

Enunciado n. 3 – "(...). O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a ocorrência de conflito federativo em situações nas quais a União, valendo-se de registros de supostas inadimplências dos Estados no Sistema Integrado da Administração Financeira – Siafi e no Cadastro de Créditos não Quitados do Setor Público Federal – Cadin, impossibilita sejam firmados acordos de cooperação, convênios e operações de crédito entre Estados e entidades federais. O registro da entidade federada por suposta inadimplência nesses cadastros federais pode sujeitá-la a efeitos gravosos, com desdobramentos para a transferência de recursos. Em sede de cognição primária e precária, estão presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*." (AC 2.200–REF-MC, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 2-2-09, Plenário, *DJE* de 27-2-09). Obs.: A decisão deu relevo ao princípio da harmonia dos poderes e da impossibilidade da União impor gravames aos Estados com base em supostas inadimplências destes.

Enunciado n. 4 – O Supremo Tribunal Federal, na PET. 3.388, Rel. Min. Carlos Ayres de Brito, julgamento de 27-08-08, Plenário, *Informativo* n. 517, firmou entendimento de que: a) as terras indígenas constituem bens da União (CF, art. 20, XI), e compõem, portanto, o território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional, e não de

qualquer outro Estado soberano ou organismo internacional, a não ser mediante convenção ou tratado que tenha por fundamento de validade a Constituição Brasileira de 1988; b) as terras indígenas devem ser entendidas como sendo categoria jurídico-constitucional, e não instituição ou ente federado; c) os Estados e Municípios só podem atuar em terras já demarcadas como indígenas em concerto com a União e sob a liderança desta; d) as terras indígenas não constituem pessoa federada, não possuindo autonomia político-administrativa; e) as terras indígenas não comportam a livre circulação de pessoas de qualquer grupamento étnico, assim como não se disponibilizam integralmente para a instalação de equipamentos públicos e obras de infraestrutura econômica e social, senão sob o regime de prévio acerto com a União e o constante monitoramento desta. Observação: conclusões do STF assentadas por ocasião do julgamento da ação popular que impugnou o modelo contínuo de demarcação da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol, situada no Estado de Roraima.

Enunciado n. 5 – Homenageando o princípio da autonomia do ente federativo, no caso, o Município, o STF decidiu que: "A parcela do imposto estadual sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, a que se refere o art. 158, IV, da Carta Magna pertence de pleno direito aos Municípios. O repasse da quota constitucionalmente devida aos Municípios não pode sujeitar-se à condição prevista em programa de benefício fiscal de âmbito estadual. Limitação que configura indevida interferência do Estado no sistema constitucional de repartição de receitas tributárias." (RE 572.762, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 18-6-08, *DJE* de 5-9-08). No mesmo sentido: RE 477.854, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 28-4-09, 2a Turma, *DJE* de 22-5-09; RE 459.486-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 11-11-08, *DJE* de 6-2-09.

Enunciado n. 6 – O Supremo Tribunal Federal tem assentado que "as regras do processo legislativo federal que devem ser reproduzidas no âmbito estadual são apenas as de cunho substantivo. Daí chegar-se, sem dificuldade, à conclusão de que a norma estadual não vulnera o princípio federativo, consagrado nos arts. 1º, *caput*, 18 e 25 da Constituição Federal." (ADI 3.225, voto do Min. Cezar Peluso, julgamento em 17-9-07, *DJ* de 26-10-07).

Enunciado n. 7 – O Supremo Tribunal Federal considerou haver ofensa ao

princípio da autonomia municipal o proceder da União em expedir decreto do Presidente da República outorgando ao Ministro da Saúde a atribuição de requisitar bens e serviços municipais (hospitais e outros serviços de saúde, inclusive recursos financeiros afetos à gestão dos referidos serviços), mesmo ocorrendo caso de calamidade pública decretada no sistema único de saúde. Mandado de Segurança concedido para anular a delegação concedida pelo Decreto 5.392/2005, § 1º do art. 2º (MS 25.295, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 20-4-05, *DJ* de 5-10-07).

Enunciado n. 8 – Na ADI 826, o STF reconheceu que o Estado do Amapá violou o princípio da autonomia municipal ao determinar, no *caput* do art. 195 da sua Constituição, que "o plano diretor, instrumento básico de política de desenvolvimento econômico e social e de expansão urbana, aprovado pela Câmara Municipal, é obrigatório para os municípios com mais de cinco mil habitantes", tendo em vista que a Constituição Federal só fez àqueles com mais de vinte mil (art. *1*82, *§* 1º). (ADI 826, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 17-9-98, *DJ* de 12-3-99).

Enunciado n. 9 – Há de ser preservado o princípio da estabilidade da federação, garantindo-se sadias relações entre estados-membros. Impossibilidade, consequentemente, "dos interesses de um estado se submeterem aos interesses e decisões políticas de outro, ainda que pela interposição de uma empresa estatal. Limitação legítima." (ADI 2.452-MC, Rel. Min. Nelson Jobim, julgamento em 24-9-03, *DJ* de 30-4-04).

Enunciado n. 10 – "Viola a autonomia dos municípios (art. 29, IV, da CF/1988) lei estadual que fixa número de vereadores ou a forma como essa fixação deve ser feita." (ADI 692, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 2-8-04, *DJ* de 1º-10-04).

Enunciado n. 11 – "As normas constitucionais, que impõem disciplina nacional ao ICMS, são preceitos contra os quais não se pode opor a autonomia do Estado, na medida em que são explícitas limitações." (ADI 2.377-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 22-2-01, *DJ* de 7-11-03).

Enunciado n. 12 – "Longe fica de implicar violência à autonomia municipal, ao poder de polícia do Município, decisão que, ante situação constituída em data anterior à nova legislação de zoneamento, classificando o local como estritamente residencial, reconhece o direito à manutenção de consultório odontológico." (RE 185.487, Rel. Min. Marco Aurélio,

julgamento em 7-11-00, *DJ* de 16-2-01).

Enunciado n. 13 – O Supremo Tribunal Federal entendeu como violado o art. 18 da Constituição Federal, ou seja, o princípio que assegura a autonomia do Estado, quando este foi obrigado a pagar os vencimentos e proventos de seu servidor (estadual), com observância do subsídio que, a qualquer tempo, vier a ser fixado para o Prefeito de qualquer município. (RE 214.747, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 26-3-99, *DJ* de 17-3-00).

Enunciado n. 14 – O STF, sobre os limites da competência dos Municípios, decidiu que: "A criação, a organização e a supressão de distritos, da competência dos Municípios, faz-se com observância da legislação estadual (CF, art. 30, IV). Também a competência municipal, para promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano – CF, art. 30, VIII – por relacionar-se com o direito urbanístico, está sujeita a normas federais e estaduais (CF, art. 24, I). As normas das entidades políticas diversas – União e Estado-Membro – deverão, entretanto, ser gerais, em forma de diretrizes, sob pena de tornarem inócua a competência municipal, que constitui exercício de sua autonomia constitucional." (ADI 478, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 9-12-96, *DJ* de 28-2-97). No mesmo sentido: ADI 512, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 3-3-99, *DJ* de 18-6-01.

Enunciado n 15 – "A autonomia constitucional reconhecida ao Distrito Federal, que lhe confere a prerrogativa de dispor, em sede normativa própria, sobre o regime jurídico dos seus servidores civis, impede que se estendam, automaticamente, ao plano local os efeitos pertinentes a política de remuneração estabelecida pela União Federal em favor dos seus agentes públicos." (RE 177.599, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-8-94, *DJ* de 20-4-95). No mesmo sentido: AI 384.023-AgR, Rel. Min. Nelson Jobim, julgamento em 1º-10-02, *DJ* de 31-10-02.

Passamos, a seguir, a tratar do Distrito Federal.

O § 1º, do art. 18, da Constituição Federal, reconhece que Brasília é a Capital do Distrito Federal. As suas características são:

goza de autonomia, recebendo autorização legal para se auto-organizar, seguindo os ditames de lei orgânica própria;

congrega os elementos constitutivos formadores de Estado-membro e de

Município, tudo concentrado em uma só pessoa jurídica, isto é, acumula as competências legislativas reservadas aos Estados federados e municípios, não vedadas pela Constituição;

dispõe de atribuições para autolegislar e autoadministração nas áreas de sua competência exclusiva;

abriga a sede da União;

é regido por uma lei orgânica e não por uma constituição estadual;

não tem competência para organizar o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Poder Judiciário;

não tem, também, competência para organizar as polícias civil e militar e o corpo de bombeiros;

não pode subdividir-se em Municípios;

o seu Poder Legislativo é exercido pela Câmara Legislativa do Distrito Federal, composta por 24 deputados distritais eleitos; não há o exercício do Poder Legislativo por regiões administrativas;

a sua Câmara Legislativa é híbrida, por ter a competência da Câmara de Vereadores (Poder Legislativo Municipal) e Assembleia Legislativa (Poder Legislativo Estadual);

o chefe do Poder Executivo é um Governador, e não um prefeito.

Em face do exposto, temos o Distrito Federal, com as características acima apresentadas, sendo uma das 27 unidades federativas do Brasil, onde se localiza a capital federal Brasília, cujos limites estão onde termina o próprio Distrito Federal.

Brasília foi fundada em 21 de abril de 1960. Antes da criação de Brasília, a capital federal localizava-se na cidade do Rio de Janeiro, antecedida por Salvador. Na época do Império, o equivalente ao Distrito Federal era o município neutro, onde se situava a corte no Rio de Janeiro. Com a Constituição Republicana, o Rio de Janeiro tornou-se a capital federal, que somente no início da década de 1960 foi transferida para o centro do Brasil, no leste do Estado de Goiás. Com a reordenação republicana do território brasileiro, as províncias passaram a estados e cada um deles passou a ser uma unidade da Federação. Quase todos são estados surgidos das províncias de mesmos nomes, exceto o Distrito Federal e outros estados criados pela divisão territorial, quando por exemplo se dividiu o estado do Goiás em dois, o território norte passou a ser o Estado do Tocantins e o sul permanece Goiás.

Os Territórios Federais, regulados pelo § 2º, do art. 18, da Constituição Federal, não são entes autônomos. Eles integram a União, sendo que a sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem dependem de lei complementar.

O Supremo Tribunal Federal, na AO 97–MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 26-9-91, *DJ* de 2-4-93), estabeleceu sugestiva interpretação ao § 2º do artigo 18 em análise, ao decidir que:

"O aperfeiçoamento da conversão de um Território Federal em Estado-Membro, na plenitude do seu *status* constitucional, não é um fato instantâneo – *único actu perficiuntur*: é o resultado de um processo mais ou menos complexo, que se inicia com o ato de criação, mas somente se exaure quando o novo Estado puder exercer por órgãos próprios a plenitude dos poderes que lhe confere a Constituição da República, no que se traduz a plena e efetiva assunção de sua autonomia. Plausível, pois, é o fundamento da ação popular, segundo o qual, a teor do art. 31 da LC 41/81, para o efeito de fazer cessar a jurisdição residual da Justiça do Distrito Federal e Territórios, só se reputará 'instalada a Justiça própria do novo Estado', quando dispuser não apenas do seu órgão de cúpula, o Tribunal de Justiça, mas também de juízes de primeiro grau, providos na forma devida (CF, art. 235, VII): esse, aliás, o entendimento que prevaleceu no processo de implantação da Justiça do Amapá. Claramente inadmissível, ao contrário, o alvitre que, à falta de juízes próprios, adotou o Tribunal de Justiça de Roraima, de delegar à jurisdição de primeiro grau, no novo Estado, a magistrados cedidos *ad hoc* pelos Tribunais de outras unidades federativas. Deferimento da medida liminar para restabelecer, provisoriamente, em Roraima, a plena jurisdição, em ambos os graus, da Justiça do Distrito Federal."

José Afonso da Silva[2] registra que "os Territórios Federais não são mais considerados como componentes da Federação, como equivocadamente o eram nas Constituições precedentes. A Constituição lhes dá posição correta de acordo com sua natureza de meras autarquias, simples descentralização administrativo-territorial da União, quando os declara integrantes desta (§ 2º). Não há mais Territórios Federais, porque a própria Constituição transformou em Estados os de Roraima e de Amapá, únicos que ainda existiam. Mas reconhece a possibilidade de sua criação, de sua ulterior transformação, e regulamentação por lei complementar (art. 18, § 2º), e sua

organização administrativa e judiciária por lei ordinária, conforme disciplina o art. 33".

Embora já tenhamos nos pronunciado sobre o processo de criação, de transformação ou incorporação de Estados, voltamos a comentar o que a Constituição Federal, no § 3º do art. 18, disciplina sobre a incorporação dos Estados entre si, a sua subdivisão ou o seu desmembramento para ser anexado a outro, ou para a formação de novos Estados ou territórios Federais. Para tal acontecer, há, contudo, de ter aprovação prévia da população interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional. O plebiscito exigido para a incorporação, sua subdivisão ou o seu desmembramento para anexação a outro estado, ou para a formação de novos Estados ou Territórios Federais, está disciplinado pela Lei n. 9.709, de 18 de novembro de 1998, que, em seu artigo 2º e § 1º, dispõe: "Art. 2º Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa. § 1º O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido".

O plebiscito, para fins do § 3º do artigo 18, será convocado pela Assembleia Legislativa, conforme dispõe o art. 5º da Lei 9.709, de 18 de novembro de 1998.

Entendemos que o processo de criação ou incorporação de estados é, no Brasil, relativamente simples, como demonstrado, por iniciar-se com a convocação da população para opinar por via de plebiscito. Se o resultado do plebiscito for favorável, ao Poder Legislativo cabe decidir pela aprovação ou não.

O processo de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, em face do determinado pelo § 4º do art. 18 da Constituição Federal, depende de lei estadual, que será expedida dentro do período determinado por Lei Complementar Federal. Depende, também, de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

O Supremo Tribunal Federal tem sido chamado, constantemente, para se pronunciar sobre a interpretação e aplicação do § 4º do artigo 18 da Constituição Federal. A análise das decisões da Suprema Corte permite que,

a respeito, sejam firmadas as conclusões seguintes:

o Município não tem legitimidade ativa para interpor Mandado de Injunção em face de omissão legislativa quanto à elaboração da lei complementar a que se refere o § 4º do art. 18 (MI 725, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 10-5-07, *DJ* de 21-9-07);

a omissão legislativa em elaborar a lei complementar a que se refere o § 4º do art. 18, dentro de um prazo razoável, na concepção mais moderna, constitui autêntica violação da ordem constitucional;

pesquisas de opinião, abaixo-assinados e declarações de organizações comunitárias, favoráveis à criação, à incorporação ou ao desmembramento de município, não são capazes de suprir o rigor e a legitimidade do plebiscito exigido pelo § 4º do art. 18 da Carta Magna;

a ausência de lei complementar federal prevista no § 4º do art. 18 da Constituição Federal não torna inválida lei estadual que criou Município, quando ocorrer fato consumado;

"plebiscito realizado anteriormente e que não bastou para a criação do município por ter sido vetado o projeto de lei de sua criação, com o veto mantido, não pode ser utilizado para a criação do município por lei posterior." (ADI 192, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 4-12-01, *DJ* de 6-9-01);

"seja qual for a modalidade de desmembramento proposta, a validade da lei que o efetive estará subordinada, por força da Constituição, ao plebiscito, vale dizer, à consulta prévia das 'populações diretamente interessadas' – conforme a dicção original do art. 18, § 4º – ou 'às populações dos Municípios envolvidos' – segundo o teor vigente do dispositivo." (ADI 2.967, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 12-2-04, *DJ* de 19-3-04);

"a alteração dos limites territoriais de municípios não prescinde da consulta plebiscitária prevista no artigo 18 da Constituição Federal, pouco importando a extensão observada." (ADI 1.034, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 24-3-97, *DJ* de 25-2-00).

O Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a demora do Poder Legislativo em aprovar a Lei Complementar exigida pelo § 4º do art. 18 da Constituição Federal, deparando-se com fatos consumados, tem decidido, com base no princípio da segurança jurídica, conforme revelam os acórdãos seguintes:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 6.893, de 28 de janeiro de 1998, do Estado do Mato Grosso, que criou o Município de Santo Antônio do Leste. Inconstitucionalidade de lei estadual posterior à EC 15/96. Ausência de lei complementar federal prevista no texto constitucional. Afronta ao disposto no artigo 18, § 4º, da Constituição do Brasil. Omissão do Poder Legislativo. Existência de fato. Situação consolidada. Princípio da segurança jurídica. Situação de exceção, estado de exceção. A exceção não se subtrai à norma, mas esta, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas assim ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. O Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, como ente federativo. Existência de fato do Município, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada – embora ainda não jurídica – não pode ser desconsiderada. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1996, deve-se à ausência de lei complementar federal. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: a criação de Município. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. A criação do Município de Santo Antônio do Leste importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento da existência válida do Município, a fim de que se afaste a agressão à federação. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da

preservação do Município. Princípio da continuidade do Estado. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, Lei n. 6.893, de 28 de janeiro de 1998, do Estado do Mato Grosso." (ADI 3.316, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 9-5-07, *DJ* de 29-6-07). No mesmo sentido: ADI 2.240, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 9-5-07, *DJ* de 3-8-07; ADI 3.489, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 9-5-07, *DJ* de 3-8-07.

"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 6.066, do Estado do Pará, que alterando divisas, desmembrou faixa de terra do Município de Água Azul do Norte e integrou-a ao Município de Ourilândia do Norte. Inconstitucionalidade de lei estadual posterior à EC 15/96. Ausência de lei complementar federal prevista no texto constitucional. Afronta ao disposto no artigo 18, § 4º, da Constituição do Brasil. Omissão do Poder Legislativo. Existência de fato. Situação consolidada. Princípio da segurança jurídica. Situação de exceção, estado de exceção. A exceção não se subtrai à norma, mas esta, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas assim ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. A fração do Município de Água Azul do Norte foi integrada ao Município de Ourilândia do Norte apenas formalmente pela Lei estadual n. 6.066, vez que materialmente já era esse o município ao qual provia as necessidades essenciais da população residente na gleba desmembrada. Essa fração territorial fora já efetivamente agregada, assumindo existência de fato como parte do ente federativo – Município de Ourilândia do Norte. Há mais de nove anos. Existência de fato da agregação da faixa de terra ao Município de Ourilândia do Norte, decorrente da decisão política que importou na sua instalação como ente federativo dotado de autonomia. Situação excepcional consolidada, de caráter institucional, político. Hipótese que consubstancia reconhecimento e acolhimento da força normativa dos fatos. Esta Corte não pode limitar-se à prática de mero exercício de subsunção. A situação de exceção, situação consolidada – embora ainda não jurídica – não pode ser desconsiderada. A exceção resulta de omissão do Poder Legislativo, visto

que o impedimento de criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, desde a promulgação da Emenda Constitucional n. 15, em 12 de setembro de 1996, deve-se à ausência de lei complementar federal. Omissão do Congresso Nacional que inviabiliza o que a Constituição autoriza: o desmembramento de parte de Município e sua consequente adição a outro. A não edição da lei complementar dentro de um prazo razoável consubstancia autêntica violação da ordem constitucional. A integração da gleba objeto da lei importa, tal como se deu, uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção. Cumpre verificar o que menos compromete a força normativa futura da Constituição e sua função de estabilização. No aparente conflito de inconstitucionalidades impor-se-ia o reconhecimento do desmembramento de gleba de um Município e sua integração a outro, a fim de que se afaste a agressão à federação. O princípio da segurança jurídica prospera em benefício da preservação do Município. Princípio da continuidade do Estado. Julgamento no qual foi considerada a decisão desta Corte no MI n. 725, quando determinado que o Congresso Nacional, no prazo de dezoito meses, ao editar a lei complementar federal referida no § 4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, considere, reconhecendo-a, a existência consolidada do Município de Luís Eduardo Magalhães. Declaração de inconstitucionalidade da lei estadual sem pronúncia de sua nulidade. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade, mas não pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses, da Lei n. 6.066, de 14 de agosto de 1997, do Estado do Pará.” (ADI 3.689, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 10-5-07, *DJ* de 29-6-07).

“Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Inatividade do legislador quanto ao dever de elaborar a lei complementar a que se refere o § 4º do art. 18 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 15/1996. Ação julgada procedente. A Emenda Constitucional n. 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais

de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI n. 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios.” (ADI 3.682, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 9-5-07, *DJ* de 6-9-07).

4. Vedações impostas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios pelo art. 19 da

Constituição Federal

Por disposição expressa do art. 19, incisos I, II e III, da Constituição Federal, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, na atuação de suas competências e como pessoas jurídicas integrantes da organização do Estado, são impostas as vedações seguintes:

I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes, relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

II – recusar fé aos documentos públicos;

III – criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

As vedações explicitadas pelos incisos I, II e III do art. 19 da Constituição Federal visam manter o equilíbrio dos princípios federativos.

Os entes federativos estão proibidos, primeiramente, de criar cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público. O Supremo Tribunal Federal tem interpretado e aplicado as vedações previstas nos incisos I, II e III do art. 19, considerando os postulados e os princípios informadores republicanos e democráticos, por serem os sustentáculos principais do Estado brasileiro. Eis alguns julgados:

– No RE 578.562, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 21-05-2008, *DJ*E de 12-09-08, o STF decidiu que os cemitérios, por serem considerados extensões de entidades de cunho religioso, estão abrangidos pela imunidade do IPTU. Eis a ementa do referido julgado:

“Recurso extraordinário. Constitucional. Imunidade Tributária. IPTU. Artigo 150, VI, *b*, CF/88. Cemitério. Extensão de entidade de cunho religioso. Os cemitérios que consubstanciam extensões de entidades de cunho religioso estão abrangidos pela garantia contemplada no artigo 150 da Constituição do Brasil. Impossibilidade da incidência de IPTU em relação a eles. A imunidade aos tributos de que gozam os templos de qualquer culto é projetada a partir da interpretação da totalidade que o texto da Constituição é, sobretudo do disposto nos artigos 5º, VI, 19, I e 150, VI, *b*. As áreas da incidência e da imunidade tributária são antípodas.” (RE

578.562, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 21-5-08, *DJE* de 12-9-08).

– No referente ao fato de ser exigido IPTU sobre imóveis de propriedade de instituição religiosa e que estão alugados, o Supremo Tribunal Federal, no RE n. 325.822, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 18-12-02, *DJ* de 14-5-04, decidiu conforme revelado pela ementa seguinte:

"Imunidade tributária de templos de qualquer culto. Vedação de instituição de impostos sobre o patrimônio, renda e serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades. Artigo 150, VI, *b* e § 4º, da Constituição. Instituição religiosa. IPTU sobre imóveis de sua propriedade que se encontram alugados. A imunidade prevista no art. 150, VI, *b*, CF, deve abranger não somente os prédios destinados ao culto, mas, também, o patrimônio, a renda e os serviços 'relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas'. O § 4º do dispositivo constitucional serve de vetor interpretativo das alíneas *b* e *c* do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. Equiparação entre as hipóteses das alíneas referidas." (RE 325.822, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 18-12-02, *DJ* de 14-5-04).

Analisando as vedações impostas pela Constituição Federal de 1988, no art. 19 e seus incisos, sob o ponto de vista histórico, registramos que elas eram previstas na CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1967, REESTRUTURADA PELA EC N. 1, DE 17 DE OUTUBRO DE 1969, em seu artigo 9º, da forma seguinte:

"Art. 9º – À União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Territórios e aos Municípios é vedado: (Redação dada pela Emenda Constitucional n.16, de 1980).

I – criar distinções entre brasileiros ou preferências em favor de uma dessas pessoas de direito público interno contra outra;

II – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o exercício ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada a colaboração de interesse público, na forma e nos limites da lei federal, notadamente no setor educacional, no assistencial e no hospitalar; e

III – recusar fé aos documentos públicos''.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 18 DE SETEMBRO DE 1946, em seu art. 31, determinava:

"Art. 31 – À União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é

vedado:

I – criar distinções entre brasileiros ou preferências em favor de uns contra outros Estados ou Municípios;

II – estabelecer ou subvencionar cultos religiosos, ou embaraçar-lhes o exercício;

III – ter relação de aliança ou dependência com qualquer culto ou igreja, sem prejuízo da colaboração recíproca em prol do interesse coletivo;

IV – recusar fé aos documentos públicos;

V – lançar impostos sobre:

a) bens, rendas e serviços uns dos outros, sem prejuízo da tributação dos serviços públicos concedidos, observado o disposto no parágrafo único deste artigo;

b) templos de qualquer culto, bens e serviços de Partidos Políticos, instituições de educação e de assistência social, desde que as suas rendas sejam aplicadas integralmente no País para os respectivos fins;

c) papel destinado exclusivamente à impressão de jornais, periódicos e livros.

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".

A CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 10 DE NOVEMBRO DE 1937) impunha, também, vedações à União, aos Estados e aos Municípios, dispondo o seguinte:

"Art. 32 – É vedado à União, aos Estados e aos Municípios:

a) criar distinções entre brasileiros natos ou discriminações e desigualdades entre os Estados e Municípios;

b) estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos;

c) tributar bens, rendas e serviços uns dos outros.

Parágrafo único – Os serviços públicos concedidos não gozam de isenção tributária, salvo a que lhes for outorgada, no interesse comum, por lei especial.

Art. 33 – Nenhuma autoridade federal, estadual ou municipal recusará fé aos documentos emanados de qualquer delas".

O mesmo comportamento adotou a CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 16 DE JULHO DE 1934, no

art. 17:

“Art. 17 – É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – criar distinções entre brasileiros natos ou preferências em favor de uns contra outros Estados;

II – estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos;

III – ter relação de aliança ou dependência com qualquer culto, ou igreja sem prejuízo da colaboração recíproca em prol do interesse coletivo;

IV – alienar ou adquirir imóveis, ou conceder privilégio, sem lei especial que o autorize;

V – recusar fé aos documentos públicos;

VI – negar a cooperação dos respectivos funcionários no interesse dos serviços correlativos;

VII – cobrar quaisquer tributos sem lei especial que os autorize, ou fazê-lo incidir sobre efeitos já produzidos por atos jurídicos perfeitos;

VIII – tributar os combustíveis produzidos no País para motores de explosão;

IX – cobrar, sob qualquer denominação, impostos interestaduais, intermunicipais de viação ou de transporte, ou quaisquer tributos que, no território nacional, gravem ou perturbem a livre circulação de bens ou pessoas e dos veículos que os transportarem;

X – tributar bens, rendas 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 o objeto da concessão.

Parágrafo único – A proibição constante do n. X não impede a cobrança de taxas remuneratórias devidas pelos concessionários de serviços públicos”.

O ordenamento jurídico brasileiro atribui competência ao Ministério Público da União para velar pelo cumprimento das vedações previstas no disposto no art. 18, dispondo no Estatuto do Ministério Público da União – Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993, que, entre as funções institucionais dos integrantes do órgão, cabe defender e velar pelas vedações impostas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos

Municípios.

As disposições dos arts. 18 e 19 da Constituição Federal visam fortalecer o pacto federativo que está fundamentado na sua própria vontade, de onde retira a sua validade jurídica. O pacto federativo é considerado, portanto, a essência do federalismo, por traduzir-se no princípio da indissolubilidade desse vínculo (a união indissolúvel dos entes federados) e no princípio de harmonia na distribuição das funções estatais, tendo como paradigma o equilíbrio na consecução dos interesses nacionais, regionais e locais.

Em síntese, as vedações instituídas pelo art. 19 e seus incisos da Constituição Federal podem ser compreendidas com base no conteúdo das proposições seguintes:

são vedações dirigidas, expressamente, aos entes componentes da Federação brasileira (União, Estados, Distrito Federal e Municípios);

caracterizam-se como sendo proibições destinadas a atuar no sistema organizativo do Estado;

elas tencionam proporcionar o alcance de o Estado ser organizado como uma verdadeira Federação, sem se afastar, contudo, da integração dos seus entes;

elas estão intimamente ligadas com as limitações ao poder de tributar que estão previstas nos arts. 150 a 152 da Constituição Federal;

a vedação do inciso I do art. 19 compreende a criação de qualquer culto religioso ou igreja pelo Poder Público, a proibição de outorga de qualquer subvenção pública a qualquer grupo religioso ou igreja e a de embaraçar o seu funcionamento, de qualquer forma, incluindo-se a de criação de impostos por parte de qualquer ente federativo sobre os templos onde a fé é cultivada;

a parte final do inciso I, do art. 19, não impede que, de modo excepcional, haja colaboração entre o Poder Público e algum culto religioso ou igreja, desde que para tal exija o interesse público conforme determinação legal;

uma entidade federativa não pode recusar fé aos documentos públicos por outra emitida;

é vedado, ainda, instituir-se sistema administrativo, de qualquer espécie, que garanta preferências entre União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, incluindo-se as regras de imunidade tributária recíproca que se aplicam aos rendimentos obtidos pelos Estados, Distrito Federal e Municípios resultantes de aplicações financeiras, rendas que não podem

sofrer a incidência de imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários, de competência impositiva da União (art. 150, V, da CF);

é vedado, também, estabelecer distinções entre brasileiros, priorizando-se o princípio da nacionalidade e da igualdade.

5. O art. 20 da Constituição Federal e os bens da União

Os bens da União estão relacionados no art. 20 da Constituição Federal. Descreve os bens que lhe são pertencentes e os que lhe vierem a ser atribuídos.

A redação do art. 20 está marcada pela sua forma genérica, o que conduz o intérprete a firmar entendimento de que ela abrange todos os bens que, no momento da promulgação da Carta de 1988, já integravam o patrimônio da União, além dos que, no futuro, lhe vierem a ser atribuídos por diferentes títulos, isto é, seja por aquisição onerosa (negócios jurídicos de compra, doação com encargo etc.), seja por aquisição não onerosa (doação sem encargo), seja por desapropriação.

Os bens da União são de três categorias:

os bens públicos de uso comum (os de livre acesso e utilizado por todos);

os bens públicos de uso especial (sua destinação está dirigida para atender às necessidades da administração federal e funcionamento dos órgãos do governo);

os bens públicos dominicais (que são os passíveis de alienação, por serem assemelhados aos bens privados).

Os bens da União estão, ainda, regulados por legislação infraconstitucional, a saber:

– Art. 99 do Código Civil de 2002;

– Decreto-lei n. 9.760, de 1946, que regula os bens imóveis da União; e

– Lei n. 9.626, de 15 de maio de 1988, que dispõe sobre a regularização, administração e alienação de bens imóveis de domínio da União.

A doutrina, pela lição de HELY LOPES MEIRELLES, conceituou bens públicos, em sentido amplo, como sendo “todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais

e empresas governamentais.” Por tal critério conceitual, inclui-se na categoria de bem público, inclusive, o patrimônio das entidades estatais dotadas de personalidade jurídica de direito privado.

O art. 99 do Código Civil de 2002 classifica os bens públicos em três categorias:

bens públicos de uso comum, que são as praças, as ruas, os rios de domínio público, isto é, os utilizados por toda a população, que não podem ser submetidos ao gozo privado de qualquer pessoa;

bens públicos de uso especial, que são os utilizados para cumprimento das funções públicas (repartições estatais, serviços públicos);

bens públicos de uso dominicais, que são os utilizados pelo Estado para fins econômicos, tal como faria um particular (imóveis desocupados).

Os bens públicos, consequentemente, os da União, podem ser classificados, ainda, em relação aos fenômenos produzidos, como sendo os envolvidos por afetação e por desafetação, ou, segundo corrente italiana, por consagração e por desconsagração.

A afetação consiste em destinação de um determinado bem para uma específica finalidade pública, a sua transformação em bem de uso comum ou bem de uso especial, mediante lei ou ato administrativo.

A desafetação é o fato de o bem, que está servindo para uso público, ser transformado em bem dominical, mediante lei ou ato administrativo.

Os bens da União e todos os outros bens públicos estão submetidos a um regime jurídico próprio dominado pelas características seguintes:

– *Inalienabilidade*: de acordo com o Código Civil, art. 100, “os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar”. Tais bens só poderão ser alienados quando passarem à classe dos dominicais (art. 101 do CC);

– *Impenhorabilidade*: não estão sujeitos ao ato de penhora, porque a forma própria para satisfação de créditos contra o Estado é a dos precatórios – art. 100 da CF;

– *Imprescritibilidade*: “Os bens públicos não estão sujeitos à usucapião” (art. 102 do CC).

Destacamos, a seguir, alguns bens da União relacionados no art. 20 da CF, a saber:

– Mar territorial que compreende uma faixa de 12 milhas marítimas de largura, a partir da linha de baixa-mar, incluindo o leito e o subsolo, conforme previsão da Lei Federal n. 8.617/93.

– Os rios públicos quando situados em terras federais ou quando banharem mais de um Estado, ou quando sirvam de limite com outros países ou quando se estendam ou provenham de território estrangeiro.

– Os lagos e lagoas públicos situados em terras federais, ou quando banhem mais de um Estado ou sirvam de limite com território estrangeiro.

– Os potenciais de energia hidráulica.

– As terras devolutas, isto e, tidas como bens dominicais, porém sem terem recebido destinação pública.

– Os terrenos de marinha e seus acrescidos.

– As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, que são considerados bens de uso especial, conforme o art. 231, § 4º, da Constituição Federal.

– As ilhas que, de acordo com o art. 25 do Código de Águas, podem ser bens dominicais ou de uso comum do povo, incluindo-se as ilhas oceânicas, costeiras, fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países.

– Os bens da União só podem ser utilizados pelos particulares mediante procedimento de autorização, permissão ou concessão, obedecendo-se aos parâmetros fixados em lei específica.

Merecem ser destacadas, atualmente, as decisões do Supremo Tribunal Federal a seguir citadas, que envolvem, direta ou indiretamente, a legislação constitucional sobre os bens. Ei-las:

– Sobre as jazidas minerais como bens da exclusiva propriedade da União:

“O conceito de monopólio pressupõe apenas um agente apto a desenvolver as atividades econômicas a ele correspondentes. Não se presta a explicitar características da propriedade, que é sempre exclusiva, sendo redundantes e desprovidas de significado as expressões ‘monopólio da propriedade’ ou ‘monopólio do bem’. (...) A Constituição do Brasil enumera atividades que consubstanciam monopólio da União (art. 177) e os bens que são de sua exclusiva propriedade (art. 20). A existência ou o desenvolvimento de uma atividade econômica sem que a propriedade do bem empregado no processo produtivo ou comercial seja concomitantemente detida pelo agente daquela atividade não ofende a Constituição. O conceito de atividade econômica (enquanto atividade

empresarial) prescinde da propriedade dos bens de produção. A propriedade não consubstancia uma instituição única, mas o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens e conformadas segundo distintos conjuntos normativos – distintos regimes – aplicáveis a cada um deles. A distinção entre atividade e propriedade permite que o domínio do resultado da lavra das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos possa ser atribuída a terceiros pela União, sem qualquer ofensa à reserva de monopólio (art. 177 da CB/88). A propriedade dos produtos ou serviços da atividade não pode ser tida como abrangida pelo monopólio do desenvolvimento de determinadas atividades econômicas. A propriedade do produto da lavra das jazidas minerais atribuídas ao concessionário pelo preceito do art. 176 da Constituição do Brasil é inerente ao modo de produção capitalista. A propriedade sobre o produto da exploração é plena, desde que exista concessão de lavra regularmente outorgada. Embora o art. 20, IX, da CB/88 estabeleça que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União, o art. 176 garante ao concessionário da lavra a propriedade do produto de sua exploração. Tanto as atividades previstas no art. 176 quanto as contratações de empresas estatais ou privadas, nos termos do disposto no § 1º do art. 177 da Constituição, seriam materialmente impossíveis se os concessionários e contratados, respectivamente, não pudessem apropriar-se, direta ou indiretamente, do produto da exploração das jazidas. A EC 9/95 permite que a União transfira ao seu contratado os riscos e resultados da atividade e a propriedade do produto da exploração de jazidas de petróleo e de gás natural, observadas as normas legais. Os preceitos veiculados pelos §§ 1º e 2º do art. 177 da Constituição do Brasil são específicos em relação ao art. 176, de modo que as empresas estatais ou privadas a que se refere o § 1º não podem ser chamadas de ‘concessionárias’. Trata-se de titulares de um tipo de propriedade diverso daquele do qual são titulares os concessionários das jazidas e recursos minerais a que respeita o art. 176 da Constituição do Brasil.” (ADI 3.273 e ADI 3.366, Rel. p/ o ac. Min. Eros Grau, julgamento em 16-3-05, *DJ* de 2-3-07).

– A respeito de ser a Justiça Federal competente para processar e julgar ação penal em que se apura crime praticado contra o meio ambiente que revela prejuízo a bem da União:

“Por considerar caracterizada imputação a revelar prejuízo de bem da União, a Turma deu provimento a recurso extraordinário a fim de assentar a

competência da Justiça Federal para processar e julgar ação penal em que se apura crime praticado contra o meio ambiente. No caso, empresa fora denunciada por descartar resíduos tóxicos sobre rio que atravessa o Estado de Alagoas. O tribunal de justiça local reconhecera a competência da Justiça Estadual para processar o feito ao fundamento de que não se vislumbrara, nos autos, interesse público federal. Entendeu-se que, na espécie, teria sido potencializado o interesse da população local em detrimento do fato de a poluição alcançar bem público federal. Asseverou-se, destarte, pouco importar que se tivesse chegado ao comprometimento de açude, córregos e riachos locais, devendo prevalecer a circunstância de o dano apontado haver ocorrido em rio – o qual banha dois Estados-membros – que, pelo teor do inciso III do art. 20 da CF, consubstancia bem da União (...). Concluiu-se que esse preceito e a premissa fática constante do acórdão impugnado atrairiam a incidência do inciso IV do art. 109 da CF. Por fim, estabeleceu-se ser competente para a propositura da ação penal o Ministério Público Federal." (RE 454.740, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 28-4-09, 1a Turma, *Informativo* 544).

– Sobre indenização, por desapropriação de terreno reservado:

"Desapropriação. Terreno reservado. Súmula n. 479 da Suprema Corte. A área de terreno reservado, como assentado pela Suprema Corte na Súmula n. 479, é insuscetível de indenização." (RE 331.086, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 2-9-08, *DJE* de 31-10-08).

– Posicionamento sobre ação discriminatória das terras públicas:

"(...) ação discriminatória das terras públicas situadas na Ilha do Cardoso, no litoral paulista, proposta pelo Estado de São Paulo. Oposição manifestada pela União, ao fundamento de que se trata de terras de domínio da União. Remédio judicial destinado ao deslinde do que resta de terra devoluta em área previamente delimitada, a fim de extremá-la das terras objeto de dominialidade alheia. Legitimado para exercitá-lo, todavia, é o ente federado com domínio sobre a área discriminada. Incertezas acerca da dominialidade das terras devolutas, nas ilhas costeiras, até o advento da Constituição Federal de 1988, que, no art. 20, IV, inclui expressamente as ilhas da espécie entre os bens da União. Ilegitimidade do Estado de São Paulo para a ação em tela. Procedência da oposição." (ACO 317, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 17-9-92, *DJ* de 20-11-92).

– Recursos naturais da plataforma continental e recursos minerais vistos

pelo STF:

"Embora os recursos naturais da plataforma continental e os recursos minerais sejam bens da União (CF, art. 20, V e IX), a participação ou compensação aos Estados, Distrito Federal e Municípios no resultado da exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural são receitas originárias destes últimos entes federativos (CF, art. 20, § 1º). É inaplicável, ao caso, o disposto no art. 71, VI, da Carta Magna que se refere, especificamente, ao repasse efetuado pela União – mediante convênio, acordo ou ajuste – de recursos originariamente federais. Entendimento original da relatora, em sentido contrário, abandonado para participar das razões prevalecentes." (MS 24.312, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 19-2-03, *DJ* de 19-12-03).

– Tributação pelos Estados e Municípios sobre a área da plataforma continental, do mar territorial e da zona econômica exclusiva:

"Competência tributária dos Estados e Municípios sobre a área dos respectivos Territórios, incluídas nestes as projeções aéreas e marítimas de sua área continental, especialmente as correspondentes partes da plataforma continental, do mar territorial e da zona econômica exclusiva." (ADI 2.080–MC, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 6-2-02, *DJ* de 22-3-02).

– Sobre terras que, em passado remoto, foram ocupadas por indígenas:

g.1 – "As regras definidoras do domínio dos incisos I e XI do artigo 20 da Constituição Federal de 1988 não albergam terras que, em passado remoto, foram ocupadas por indígenas." (*RE 219.983*, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 9-12-98, *DJ* de 17-9-99).

g.2 – "A importância jurídica da demarcação administrativa homologada pelo Presidente da República – ato estatal que se reveste de presunção *juris tantum* de legitimidade e de veracidade – reside na circunstância de que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, embora pertencentes ao patrimônio da União (CF, art. 20, XI), acham-se afetadas, por efeito de destinação constitucional, a fins específicos voltados, unicamente, à proteção jurídica, social, antropológica, econômica e cultural dos índios, dos grupos indígenas e das comunidades tribais." (*RE 183.188*, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 10-12-96, *DJ* de 14-2-97).

– Compensação financeira pela exploração de recursos minerais:

"Compensação financeira pela exploração de recursos minerais. Leis 7.990/89 e 8.001/90. Constitucionalidade. Arts. 20, § 1º, 154, I, e 155, § 3º,

da CF. Precedentes: RE 228.800 e MS 24.312.” (AI 453.025–AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 9-5-06, *DJ* de 9-6-06).

– Compensação financeira pelos prejuízos de Estados por aldeamento de áreas para a construção de hidrelétricas:

“Hidrelétrica cujo reservatório de água se estende por diversos municípios. Ato do Secretário de Fazenda que dividiu a receita do ICMS devida aos municípios pelo ‘valor adicionado’ apurado de modo proporcional às áreas comprometidas dos municípios alagados. Inconstitucionalidade formal do ato normativo estadual que disciplina o ‘valor adicionado’. Matéria reservada à lei complementar federal. Precedentes. Estender a definição de apuração do adicional de valor, de modo a beneficiar os municípios em que se situam os reservatórios de água representa a modificação dos critérios de repartição das receitas previstos no art. 158 da Constituição. Inconstitucionalidade material. Precedentes. Na forma do artigo 20, § 1º, da Constituição Federal, a reparação dos prejuízos decorrentes do alagamento de áreas para a construção de hidrelétricas deve ser feita mediante participação ou compensação financeira.” (RE 253.906, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 23-9-04, *DJ* de 18-2-05).

Participação ou compensação aos Estados, Distrito Federal e Municípios no resultado da exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural:

“Embora os recursos naturais da plataforma continental e os recursos minerais sejam bens da União (CF, art. 20, V e IX), a participação ou compensação aos Estados, Distrito Federal e Municípios no resultado da exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural são receitas originárias destes últimos entes federativos (CF, art. 20, § 1º). É inaplicável, ao caso, o disposto no art. 71, VI, da Carta Magna que se refere, especificamente, ao repasse efetuado pela União – mediante convênio, acordo ou ajuste – de recursos originariamente federais. Entendimento original da relatora, em sentido contrário, abandonado para participar das razões prevalecentes.” (MS 24.312, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 19-2-03, *DJ* de 19-12-03).

Participação dos entes federados no produto ou compensação financeira pela exploração de recursos minerais e potenciais hídricos de energia elétrica:

“Bens da União: (recursos minerais e potenciais hídricos de energia elétrica): participação dos entes federados no produto ou compensação

financeira por sua exploração (CF, art. 20, e § 1º): natureza jurídica: constitucionalidade da legislação de regência (Lei 7.990/89, arts. 1º e 6º e Lei 8.001/90). O tratar-se de prestação pecuniária compulsória instituída por lei não faz necessariamente um tributo da participação nos resultados ou da compensação financeira previstas no art. 20, § 1º, CF, que configuram receita patrimonial. A obrigação instituída na Lei 7.990/89, sob o título de compensação financeira pela exploração de recursos minerais (CFEM) não corresponde ao modelo constitucional respectivo, que não comportaria, como tal, a sua incidência sobre o faturamento da empresa; não obstante, é constitucional, por amoldar-se à alternativa de participação no produto da exploração dos aludidos recursos minerais, igualmente prevista no art. 20, § 1º, da Constituição. (RE 228.800, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 25-9-01, *DJ* de 16-11-01).

Além do posicionamento jurisprudencial que acabamos de destacar sobre os bens da União, registramos o entendimento de que as concessões de terras devolutas situadas na faixa de fronteira, feitas pelos Estados, autorizam apenas o uso, permanecendo o domínio com a União, ainda que se mantenha inerte ou tolerante, em relação aos possuidores, bem como, que os incisos I e XI do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto, conforme manifestação da doutrina e do próprio Supremo Tribunal Federal.

6. A competência da União fixada pelo art. 21 da Constituição Federal

Dispõe o art. 21 e seus incisos da CF que:

“Art. 21. Compete à União: I – Manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais; II – Declarar a guerra e celebrar a paz; III – Assegurar a defesa nacional; IV – Permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente; V – Decretar o estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal; VI – Autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico; VII – Emitir moeda; VIII – Administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização,

bem como as de seguros e de previdência privada; IX – Elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; X – Manter o serviço postal e o correio aéreo nacional; XI – Explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII – Explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres; XIII – Organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios; XIV – Organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militares do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio; XV – Organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional; XVI – Exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão; XVII – Conceder anistia; XVIII – Planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações; XIX – Instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso; XX – Instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos; XXI – Estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação; XXII – Executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; XXIII – Explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante

aprovação do Congresso Nacional; b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais; c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas; d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa; XXIV – Organizar, manter e executar a inspeção do trabalho; XXV – Estabelecer as áreas e as condições para o exercício da atividade de garimpagem, em forma associativa".

A União, na organização que a Constituição Federal fixou para o Estado brasileiro, dispõe de quatro tipos de competência:

1 – Competência material exclusiva, conforme disciplinado pelo art. 21;

2 – Competência legislativa exclusiva, disposta no art. 22;

3 – Competência comum com os Estados, Distrito Federal e Municípios, segundo a disciplina do art. 23;

4 – Competência legislativa concorrente com os Estados e o Distrito Federal, segundo especificação do art. 24.

José Afonso da Silva[3] adota critério próprio para classificar a competência da União, dividindo-a em: internacional (a dos incisos I a IV, do art. 21); política (a do inciso V, do art. 21, c/c os arts. 34, 35, 136 e 137, além da do inciso XVII do art. 21); administrativa (a dos incisos VI, VIII, XIII, XIV, primeira parte, XV, XVI, XVIII, XIX e XXIV); prestação de serviços (a dos incisos X, XII, XXII e XXIII); urbanística (a dos incisos IX, XX e XXI, c/c os arts. 215, 216 e 225); econômica (a dos incisos IX e XXV; e dos arts. 172-174; 177; 184-187); financeira e monetária (a dos incisos VII, VIII e XIV, segunda parte); social (a dos incisos IX e XVIII; e dos arts. 194, 196; 197; 198; 200; 201; 203 e 214).

A competência material exclusiva da União, de acordo com o fixado pelo art. 21 da Constituição Federal, é de natureza administrativa e geral. Ela não é exaustiva, uma vez que o art. 177 da CF atribui outras competências administrativas à União, a saber:

"Art. 177. Constituem monopólio da União:

I – A pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II – A refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III – A importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV – O transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V – A pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do *caput* do art. 21 desta Constituição Federal.

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: I – a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; II – as condições de contratação; III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

§ 3º A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional.

§ 4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos: I – a alíquota da contribuição poderá ser:

a) diferenciada por produto ou uso;

b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, *b*;

II – os recursos arrecadados serão destinados:

a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo;

b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás;

c) ao financiamento de programas de infraestrutura de transportes”.

A competência material exclusiva da União, de natureza administrativa, elencada nos incisos do art. 21, tem como base o princípio da predominância do interesse, segundo o qual “à União caberão aquelas

matérias e questões de predominante interesse geral, nacional", conforme indica José Afonso da Silva[4].

O Supremo Tribunal Federal, nas oportunidades em que tem sido provocado para interpretar e aplicar determinados incisos do art. 21 da Constituição Federal tem dado primazia ao princípio da predominância do interesse geral, de extensão nacional, no referente aos limites da competência da União. Escolhemos para registro as decisões seguintes:

1 – Competência da União para autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico:

1.1 – "Competência da União para legislar sobre direito penal e material bélico. Lei 1.317/2004 do Estado de Rondônia. Lei estadual que autoriza a utilização, pelas polícias civil e militar, de armas de fogo apreendidas. A competência exclusiva da União para legislar sobre material bélico, complementada pela competência para autorizar e fiscalizar a produção de material bélico, abrange a disciplina sobre a destinação de armas apreendidas e em situação irregular." (ADI 3.258, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 6-4-05, *DJ* de 9-9-05).

1.2 – "Proibição, por lei estadual, da comercialização de armas de fogo. Relevância da fundamentação jurídica do pedido, perante os artigos 21, VI e 24, V, e parágrafos, todos da Constituição Federal." (ADI 2.035-MC, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 9-9-99, *DJ* de 4-8-00).

2 – Sobre a competência da União em manter o serviço postal e o correio aéreo nacional decidiu o STF:

"Competência privativa da União para legislar sobre serviço postal. É pacífico o entendimento deste Supremo Tribunal quanto à inconstitucionalidade de normas estaduais que tenham como objeto matérias de competência legislativa privativa da União. Precedentes: Adins n. *2.815*, Sepúlveda Pertence (propaganda comercial), n. *2.796*-MC, Gilmar Mendes (trânsito), n. *1.918*, Maurício Corrêa (propriedade e intervenção no domínio econômico), n. *1.704*, Carlos Velloso (trânsito), n. *953*, Ellen Gracie (relações de trabalho), n. *2.336*, Nelson Jobim (direito processual), n. *2.064*, Maurício Corrêa (trânsito) e n. *329*, Ellen Gracie (atividades nucleares). O serviço postal está no rol das matérias cuja normatização é de competência privativa da União (CF, art. 22, V). É a União, ainda, por força do art. 21, X da Constituição, o ente da Federação responsável pela manutenção desta modalidade de serviço público." (ADI 3.080, Rel. Min.

Ellen Gracie, julgamento em 2-8-04, *DJ* de 27-8-04).

3 – A questão sobre a edição de listas ou catálogos telefônicos foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal com base no princípio da livre concorrência, conforme teor da ementa do julgado seguinte:

"Serviços de Telecomunicações. Exploração. Edição de Listas ou Catálogos Telefônicos e Livre Concorrência. Se, por um lado, a publicação e distribuição de listas ou catálogos telefônicos constituía um ônus das concessionárias de serviço de telefonia – que podem cumpri-lo com ou sem a veiculação de publicidade – não se pode dizer que estas tinham exclusividade para fazê-lo. O artigo 2º da L. 6.874/80 ('A edição ou divulgação das listas referidas no § 2º do art. 1º desta Lei, sob qualquer forma ou denominação, e a comercialização da publicidade nelas inserta são de competência exclusiva da empresa exploradora do respectivo serviço de telecomunicações, que deverá contratá-las com terceiros, sendo obrigatória, em tal caso, a realização de licitação') era inconstitucional – tendo em vista a Carta de 1969 – na medida em que institui reserva de mercado para a comercialização das listas telefônicas em favor das empresas concessionárias. RE desprovido." (RE 158.676, Rel. p/ o ac. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14-8-07, *DJ* de 5-10-07).

4 – Com base, ainda, na competência fixada no inciso XI, do art. 21, da Constituição Federal, decidiu o STF que "Agências reguladoras de serviços públicos: natureza autárquica, quando suas funções não sejam confiadas por lei a entidade personalizada e não à própria administração direta" (ADI 1.949-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 18-11-99, *DJ* de 25-11-05).

5 – Interpretando e aplicando, ainda, o inciso XI do art. 21 da CF, o STF firmou o entendimento a seguir anotado:

"ICMS sobre serviços de comunicação: radiodifusão sonora e de sons e de imagens (alínea *a* do inciso XII do art. *21* da Constituição Federal. Artigo 132, I, *b*, da Lei Orgânica do Distrito Federal. (...) O art. 132, I, *b*, da Lei Orgânica do Distrito Federal, ao admitir a incidência do ICMS apenas sobre os serviços de comunicação, referidos no inciso XI do art. *21* da CF, vedou sua incidência sobre os mencionados no inciso XII, *a*, do mesmo artigo, ou seja, sobre os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 21, XII, *a*, da CF, com a redação dada pela EC n. 8, de 15-8-1995). Com isso, estabeleceu, no Distrito Federal, tratamento diferenciado dessa questão, em

face do que ocorre nas demais unidades da Federação e do disposto no art. 155, inc. II, da CF, pelos quais o ICMS pode incidir sobre todo e qualquer serviço de comunicação. Assim, ainda que indiretamente, concedeu imunidade, quanto ao ICMS, aos prestadores de serviços de radiodifusão sonora e de sons e de imagens, sem que essa imunidade estivesse prevista na Constituição Federal (art. *155*, *II*), que, ademais, não admite que os Estados e o Distrito Federal concedam, com relação ao ICMS, nem mesmo simples isenções, incentivos e benefícios fiscais, senão com observância da lei complementar a que aludem o art. 155, § 2º, inciso XII, letra *g*." (*ADI 1.467*, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 12-2-03, *DJ* de 11-4-03).

6 – Por último, com base no inciso XI, do art. 21, da CF, assentou o STF que: "Projeto de lei estadual de origem parlamentar. Veto total. Promulgação da lei pela assembleia. Norma que disciplina forma e condições de cobrança pelas empresas de telecomunicações. Matéria privativa da União." (ADI 2.615-MC, Rel. Min. Nelson Jobim, julgamento em 22-5-02, *DJ* de 6-12-02).

7 – Sobre a competência privativa da União de explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens, o STF, analisando lide sobre licitação, decidiu:

"Ato administrativo. Licitação. Concessão de exploração do serviço de radiodifusão de sons e imagens em certa cidade. Revogação do processo licitatório antes do início da fase de qualificação das propostas. Licitude. Interesse público declarado e reconhecido. Superveniência de fatores que recomendavam a prática do ato discricionário. Inexistência de ofensa a direito subjetivo dos concorrentes habilitados. Não incidência do art. 5º, LV, da CF, nem do art. 49, § 3º, da Lei n. 8.666/93. Mandado de segurança denegado. É lícito à administração pública, com base em fatos supervenientes configuradores do interesse público, revogar motivadamente, mas sem audiência dos concorrentes habilitados, procedimento de licitação antes do início da fase de qualificação das propostas." (RMS 24.188, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 14-8-07, *DJ* de 14-9-07).

8 – Examinando a incidência do ICMS sobre serviços de comunicação (radiodifusão sonora e de sons e de imagens), o STF entendeu que:

"ICMS sobre serviços de comunicação: radiodifusão sonora e de sons e de imagens (alínea *a* do inciso XII do art. *21* da Constituição Federal. Artigo

132, I, *b*, da Lei Orgânica do Distrito Federal. (...) O art. 132, I, *b*, da Lei Orgânica do Distrito Federal, ao admitir a incidência do ICMS apenas sobre os serviços de comunicação, referidos no inciso XI do art. *21* da CF, vedou sua incidência sobre os mencionados no inciso XII, *a*, do mesmo artigo, ou seja, sobre os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 21, XII, *a*, da CF, com a redação dada pela EC n. 8, de 15-8-1995). Com isso, estabeleceu, no Distrito Federal, tratamento diferenciado dessa questão, em face do que ocorre nas demais unidades da Federação e do disposto no art. 155, inc. II, da CF, pelos quais o ICMS pode incidir sobre todo e qualquer serviço de comunicação. Assim, ainda que indiretamente, concedeu imunidade, quanto ao ICMS, aos prestadores de serviços de radiodifusão sonora e de sons e de imagens, sem que essa imunidade estivesse prevista na Constituição Federal (art. 155, II), que, ademais, não admite que os Estados e o Distrito Federal concedam, com relação ao ICMS, nem mesmo simples isenções, incentivos e benefícios fiscais, senão com observância da lei complementar a que aludem o art. 155, § 2º, inciso XII, letra *g*." (ADI 1.467, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 12-2-03, *DJ* de 11-4-03).

9 – Com base na interpretação da letra *b* do inciso XII da CF (competência privativa da União para explorar, diretamente ou por concessão ou permissão os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos), o STF, pelo seu pleno, decidiu:

"Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a expressão 'energia elétrica', contida no *caput* do art. 1º da Lei n. 11.260/2002 do Estado de São Paulo, que proíbe o corte de energia elétrica, água e gás canalizado por falta de pagamento, sem prévia comunicação ao usuário. Este Supremo Tribunal Federal possui firme entendimento no sentido da impossibilidade de interferência do Estado-membro nas relações jurídico-contratuais entre Poder concedente federal e as empresas concessionárias, especificamente no que tange a alterações das condições estipuladas em contrato de concessão de serviços públicos, sob regime federal, mediante a edição de leis estaduais. Precedentes. Violação aos arts. *21*, XII, *b*, 22, IV, e 175, *caput* e parágrafo único, incisos I, II e III da Constituição Federal. Inconstitucionalidade. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente." (ADI 3.729, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-9-07, *DJ* de 9-11-07).

10 – Examinando a invasão, pelo Estado-Membro, na esfera da competência da União sobre concessão dos serviços públicos descritos no art. 21, inciso XII, *b*, da CF, a Suprema Corte firmou o entendimento seguinte:

"Concessão de serviços públicos – Invasão, pelo Estado-Membro, da esfera de competência da União e dos Municípios. (...) Os Estados-Membros – que não podem interferir na esfera das relações jurídico-contratuais estabelecidas entre o poder concedente (quando este for a União Federal ou o Município) e as empresas concessionárias – também não dispõem de competência para modificar ou alterar as condições, que, previstas na licitação, acham-se formalmente estipuladas no contrato de concessão celebrado pela União (energia elétrica – CF, art. *21*, XII, *b*) e pelo Município (fornecimento de água – CF, art. 30, I e V), de um lado, com as concessionárias, de outro, notadamente se essa ingerência normativa, ao determinar a suspensão temporária do pagamento das tarifas devidas pela prestação dos serviços concedidos (serviços de energia elétrica, sob regime de concessão federal, e serviços de esgoto e abastecimento de água, sob regime de concessão municipal), afetar o equilíbrio financeiro resultante dessa relação jurídico-contratual de direito administrativo." (ADI 2.337-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 20-2-02, *DJ* de *21*-6-02).

11 – Com base na letra *c*, do inciso XII, do art. 21, CF, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a INFRAERO está abrangida pela imunidade tributária prevista no art. 150, VI, *a*, da Carta Magna. Eis as ementas dos acórdãos que apreciaram o tema:

11.1 – "Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO. Empresa pública. Imunidade recíproca. Artigo 150, VI, *a*, da CF/88. A Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO, empresa pública prestadora de serviço público, está abrangida pela imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, *a*, da Constituição. Não incide ISS sobre a atividade desempenhada pela Infraero na execução de serviços de infraestrutura aeroportuária, atividade que lhe foi atribuída pela União." (RE 524.615-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 9-9-08, *DJE* de 3-10-08).

11.2 – "A Infraero, que é empresa pública, executa como atividade-fim, em regime de monopólio, serviços de infraestrutura aeroportuária constitucionalmente outorgados à União Federal, qualificando-se, em razão

de sua específica destinação institucional, como entidade delegatária dos serviços públicos a que se refere o art. *21*, inciso XII, alínea *c*, da Lei Fundamental, o que exclui essa empresa governamental, em matéria de impostos, por efeito da imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, *a*), do poder de tributar dos entes políticos em geral. Consequente inexigibilidade, por parte do município tributante, do ISS referente às atividades executadas pela Infraero na prestação dos serviços públicos de infraestrutura aeroportuária e daquelas necessárias à realização dessa atividade-fim. O alto significado político-jurídico da imunidade tributária recíproca, que representa verdadeira garantia institucional de preservação do sistema federativo. Doutrina. Precedentes do STF. Inaplicabilidade, à Infraero, da regra inscrita no art. 150, § 3º, da Constituição. A submissão ao regime jurídico das empresas do setor privado, inclusive quanto aos direitos e obrigações tributárias, somente se justifica, como consectário natural do postulado da livre concorrência (CF, art. 170, IV), se e quando as empresas governamentais explorarem atividade econômica em sentido estrito, não se aplicando, por isso mesmo, a disciplina prevista no art. 173, § 1º, da Constituição, às empresas públicas (Caso da Infraero), às sociedades de economia mista e às suas subsidiárias que se qualifiquem como delegatárias de serviços públicos." (RE 363.412-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 7-8-07, *DJE* de 19-9-08).

12 – O debate sobre a possibilidade de desestatização de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros e realização de licitação foi apreciado pelo STF no MS que recebeu a ementa que passamos a transcrever:

"Linhas de serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros. Decreto presidencial de 16 de julho de 2008. Privatização. Desestatização. Artigo 2º, parágrafo 1º, alínea *b*, da Lei 9.491/97. Transferência para a iniciativa privada da execução de serviços públicos de responsabilidade da União. Art. *21*, inciso XII, alínea *e*, da Constituição Federal. Possibilidade de desestatização de serviços públicos de responsabilidade da União já explorados por particulares. Denegação da ordem. A titularidade dos serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, nos termos do art. *21*, XII, *e*, da Constituição Federal, é da União. É possível a desestatização de serviços públicos já explorados por particulares, de responsabilidade da União, conforme disposto no art. 2º, § 1º, *b*, parte final, da Lei 9.491/97. Inexistência de

concessão ou de permissão para a utilização de algumas linhas, além da iminente expiração do prazo de concessão ou permissão de outras linhas. Existência de decisões judiciais proferidas em ações civis públicas propostas pelo Ministério Público Federal que determinam a imediata realização de certames das linhas em operação. Possibilidade de adoção da modalidade leilão no caso em apreço, nos termos do art. 4º, § 3º, da Lei 9.491/97. Necessidade de observância do devido processo licitatório, independentemente da modalidade a ser adotada (leilão ou concorrência)." (MS 27.516, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 22-10-08, *DJE* de 5-12-08).

13 – Em outra decisão, com base no art. 21, XII, *e*, o STF decidiu:

"Transporte rodoviário interestadual de passageiros. Não pode ser dispensada, a título de proteção da livre iniciativa, a regular autorização, concessão ou permissão da União, para a sua exploração por empresa particular. Recurso extraordinário provido por contrariedade ao disposto no art. *21*, XII, *e*, da Constituição Federal." (RE 214.382, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em *21*-9-99, *DJ* de 19-11-99)".

14 – A competência privativa da União para explorar, diretamente ou por concessão, permissão ou autorização os serviços de portos marítimos, fluviais e lacustres levou o STF a decidir:

a) "Imóveis situados no porto, área de domínio público da União, e que se encontram sob custódia da companhia, em razão de delegação prevista na Lei de Concessões Portuárias. Não incidência do IPTU, por tratar-se de bem e serviço de competência atribuída ao poder público (artigos 21, XII, *f* e 150, VI, da Constituição Federal). Taxas. Imunidade. Inexistência, uma vez que o preceito constitucional só faz alusão expressa a imposto, não comportando a vedação a cobrança de taxas. Agravo regimental a que se nega provimento." (AI 458.856-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 5-10-04, *DJ* de 20-4-07).

b) "Competindo à União, e só a ela, explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os portos marítimos, fluviais e lacustres, art. *21*, XII, *f*, da CF, está caracterizada a natureza pública do serviço de docas. A Companhia Docas do Rio de Janeiro, sociedade de economia mista federal, incumbida de explorar o serviço portuário em regime de exclusividade, não pode ter bem desapropriado pelo Estado. Inexistência, no caso, de autorização legislativa." (Rel. Min. Paulo Brossard, *DJ* de 13-05-

94).

15 – Sobre a demarcação entre as atribuições do Ministério Público para tutelar as fundações, o STF proclamou que:

"Demarcação entre as atribuições de segmentos do Ministério Público – o Federal e o do Distrito Federal. Tutela das fundações. Inconstitucionalidade da regra questionada (§ 1º do art. 66 do Código Civil) –, quando encarrega o Ministério Público Federal de velar pelas fundações, 'se funcionarem no Distrito Federal'. Não obstante reserve à União organizá-lo e mantê-lo – é do sistema da Constituição mesma que se infere a identidade substancial da esfera de atribuições do Ministério Público do Distrito Federal àquelas confiadas ao MP dos Estados, que, à semelhança do que ocorre com o Poder Judiciário, se apura por exclusão das correspondentes ao Ministério Público Federal, ao do Trabalho e ao Militar. Nesse sistema constitucional de repartição de atribuições de cada corpo do Ministério Público – que corresponde substancialmente à distribuição de competência entre Justiças da União e a dos Estados e do Distrito Federal – a área reservada ao Ministério Público Federal é coextensiva, *mutatis mutandis* àquela da jurisdição da Justiça Federal comum e dos órgãos judiciários de superposição – o Supremo Tribunal e o Superior Tribunal de Justiça – como, aliás, já o era sob os regimes anteriores. O critério eleito para definir a atribuição discutida – funcionar a fundação no Distrito Federal – peca, a um só tempo, por escassez e por excesso. Por escassez, de um lado, na medida em que há fundações de direito público, instituídas pela União – e, portanto, integrantes da Administração Pública Federal e sujeitas, porque autarquias fundacionais, à jurisdição da Justiça Federal ordinária, mas que não têm sede no Distrito Federal. Por excesso, na medida em que, por outro lado, a circunstância de serem sediadas ou funcionarem no Distrito Federal evidentemente não é bastante nem para incorporá-las à Administração Pública da União – sejam elas fundações de direito privado ou fundações públicas, como as instituídas pelo Distrito Federal –, nem para submetê-las à Justiça Federal. Declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 66 do Código Civil, sem prejuízo, da atribuição ao Ministério Público Federal da veladura pelas fundações federais de direito público, funcionem, ou não, no Distrito Federal ou nos eventuais Territórios." (ADI 2.794, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14-12-06, *DJ* de 30-3-07).

16 – Sobre a competência privativa da União de organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito

Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio, prega o STF:

16.1 – "Compete privativamente à União legislar sobre vencimentos dos membros das polícias civil e militar do Distrito Federal." (*SÚM. 647*).

16.2 – "Competência normativa. Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal. Cumpre à União organizar e manter a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal, surgindo a inconstitucionalidade de diploma local versando a matéria." (ADI 1.045, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 15-4-09, Plenário, *DJE* de 12-6-09).

16.3 – No mesmo sentido: *ADI 2.102*, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 15-4-09, Plenário, *Informativo* 542; *ADI 1.136*, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 16-8-06, Plenário, *DJE* de 13-10-06.

16.4 – "Art. 3º da Lei Distrital n. 3.556/2005. Servidores das carreiras policiais civis cedidos à Administração Pública direta e indireta da União e do Distrito Federal: tempo de serviço considerado pela norma questionada como de efetivo exercício de atividade policial. Ampliação do benefício de aposentadoria especial dos policiais civis estabelecidos no artigo 1º da Lei Complementar Federal n. 51, de 20-12-1985. (...) Inexistência de afronta ao art. 40, § 4º, da Constituição da República, por restringir-se a exigência constitucional de lei complementar à matéria relativa à aposentadoria especial do servidor público, o que não foi tratado no dispositivo impugnado. Inconstitucionalidade formal por desobediência ao art. *21*, inc. XIV, da Constituição da República que outorga competência privativa à União legislar sobre regime jurídico de policiais civis do Distrito Federal. O art. 1º da Lei Complementar Federal n. 51/1985 que dispõe que o policial será aposentado voluntariamente, com proventos integrais, após 30 (trinta) anos de serviço, desde que conte pelo menos 20 anos de exercício em cargo de natureza estritamente policial foi recepcionado pela Constituição da República de 1988. A combinação desse dispositivo com o art. 3º da Lei Distrital n. 3.556/2005 autoriza a contagem do período de vinte anos previsto na Lei Complementar n. 51/1985 sem que o servidor público tenha, necessariamente, exercido atividades de natureza estritamente policial, expondo sua integridade física a risco, pressuposto para o reconhecimento da aposentadoria especial do art. 40, § 4º, da Constituição da República: inconstitucionalidade configurada." (ADI 3.817, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 13-11-08, Plenário, *DJE* de 3-4-09).

16.5 – “Instituição de vantagem a servidores militares do Distrito Federal a serviço da Câmara Legislativa. Arts. *21*, XIV, e 22, XXI da CF. Competência privativa da União para legislar sobre matéria concernente à Polícia Militar do DF. Art. 61, § 1º, II, *a*, da CF. Invasão da iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo para propor a elaboração de lei que vise à criação de função ou aumento da remuneração de servidor público. Observância obrigatória por parte dos Estados e do Distrito Federal.” (ADI 2.705, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 9-10-03, *DJ* de 31-10-03)”.

17 – Sobre a competência da União em conceder anistia (inciso XVII, art. 21, CF): “Anistia de infrações disciplinares de servidores estaduais: competência do Estado-membro respectivo. Só quando se cuidar de anistia de crimes – que se caracteriza como *abolitio criminis* de efeito temporário e só retroativo – a competência exclusiva da União se harmoniza com a competência federal privativa para legislar sobre Direito Penal; ao contrário, conferir à União – e somente a ela – o poder de anistiar infrações administrativas de servidores locais constituiria exceção radical e inexplicável ao dogma fundamental do princípio federativo – qual seja, a autonomia administrativa de Estados e Municípios – que não é de presumir, mas, ao contrário, reclamaria norma inequívoca da Constituição da República (precedente: Rp 696, 6-10-66, red. Baleeiro). Compreende-se na esfera de autonomia dos Estados a anistia (ou o cancelamento) de infrações disciplinares de seus respectivos servidores, podendo concedê-la a Assembleia Constituinte local, mormente quando circunscrita – a exemplo da concedida pela Constituição da República – às punições impostas no regime decaído por motivos políticos.” (ADI 104, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 4-6-07, *DJ* de 24-8-07).

18 – A regra do inciso XXIV, do art. 21, CF (organizar, manter e executar a inspeção do trabalho), conduziu o STF, por ter sido provocado, a afirmar que;

18.1 – “Ação direta de inconstitucionalidade: L. Distrital 3.705, de *21*-11-2005, que cria restrições a empresas que discriminarem na contratação de mão de obra: inconstitucionalidade declarada. Ofensa à competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação administrativa, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais de todos os entes da Federação (CF, art. 22, XXVII) e para dispor sobre Direito do Trabalho e inspeção do trabalho (CF, arts. *21*, XXIV e 22, I).” (ADI 3.670,

Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 2-4-07, *DJ* de 18-5-07).

18.2 – “Segurança e Higiene do Trabalho: Competência legislativa. Lei 2.702, de 25-3-97, do Estado do Rio de Janeiro. CF, art. *21*, XXIV, art. 22, I, art. 24, VI. I. Lei 2.702, de 1997, do Estado do Rio de Janeiro: inconstitucionalidade, porque ofensiva ao disposto nos arts. 21, XXIV, e 22, I, da Constituição Federal.” (ADI 1.893, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 12-5-04, *DJ* de 4-6-04).

18.3 – “Relevância da fundamentação jurídica (invasão da competência privativa da União, para legislar sobre direito do trabalho, CF, art. 22, I, e, sobretudo, para organizar, manter e executar a inspeção do trabalho, CF, art. *21*, XXIV) da arguição de inconstitucionalidade de Lei estadual que, como a ora atacada, estabelece medidas de polícia administrativa destinadas a coibir a discriminação à mulher nas relações de trabalho. Precedente desta Corte: *ADIMC 953*.” (ADI 2.487-MC, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 13-3-02, *DJ* de 1º-8-03).

Entre as competências privativas de natureza administrativa concedidas à União pelo art. 21 da CF, destacamos as disciplinas impostas para:

as operações de crédito de instituição financeira;

legislar sobre serviços de telecomunicações;

os serviços de radiodifusão sonora de sons e imagens;

o transporte interestadual;

organizar a Polícia Civil, Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros do Distrito Federal;

higiene e segurança do trabalho;

emitir moedas;

administrar as reservas cambiais;

fiscalizar as operações de natureza financeira;

organizar a seguridade social;

estabelecer políticas sociais e econômicas visando a proteger e recuperar a saúde do povo;

estabelecer o Sistema Único de Saúde;

manter serviços de assistência social aos necessitados;

estabelecer, por lei, o plano nacional de educação;

instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos.

7. A competência privativa da União para legislar (art. 22 e incisos da CF)

O artigo 22 e incisos da Constituição Federal delimitam a competência privativa da União para legislar, enumerando o campo de sua atuação de modo exaustivo, permitindo, contudo, que Lei complementar possa autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas no artigo mencionado. Eis o teor do dispositivo em questão:

"Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – Direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; II – Desapropriação; III – Requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra; IV – Águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; V – Serviço postal; VI – Sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais; VII – Política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores; VIII – Comércio exterior e interestadual; IX – Diretrizes da política nacional de transportes; X – Regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial; XI – Trânsito e transporte; XII – Jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia; XIII – Nacionalidade, cidadania e naturalização; XIV – Populações indígenas; XV – emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros; XVI – Organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões; XVII – Organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios, bem como organização administrativa destes; XVIII – Sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais; XIX – Sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular; XX – Sistemas de consórcios e sorteios; XXI – Normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares; XXII – Competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais; XXIII – Seguridade social; XXIV – Diretrizes e bases da educação nacional; XXV – Registros públicos; XXVI – Atividades nucleares de qualquer natureza; XXVII – Normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de

economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; XXVIII – Defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional; XXIX – Propaganda comercial. Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo".

Relembramos que a repartição de competências dos entes federados fixada pela Constituição Federal constitui ponto fundamental para a construção do conceito de Estado Federal, tendo o Constituinte seguido o princípio da predominância do interesse quando a distribuiu entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. O art. 22 e incisos fixam a competência privativa da União para legislar considerando o mesmo valor principiológico referido.

Destacamos, inicialmente, que a expressão "privativa", presente no *caput* do art. 22, da Constituição Federal, não tem o mesmo significado de "exclusiva". Esta é a competência administrativa da União prevista no art. 21. Aquela é a que se encontra no art. 22 já exposto. Uma das diferenças existentes entre a competência exclusiva do art. 21 e a competência privativa do art. 22 é que a competência exclusiva (art. 21) não pode ser delegada (indelegável), enquanto a competência privativa, ao contrário, poderá ser delegada, por exemplo, para os Estados, quando estes poderão elaborar lei específica sobre matérias que seriam de competência única da União, conforme autorização do parágrafo único do art. 22.

A doutrina nacional tem explicado os limites diferenciais da competência exclusiva e da competência privativa, sempre demonstrando que a delegação é proibida naquela, Isto é, ela é indelegável, enquanto a privativa pode ser delegada, embora de modo restrito. José Afonso da Silva explicita essa diferenciação: "a diferença que se faz entre competência exclusiva e competência privativa é que aquela é indelegável e esta é delegável (...). Mas a Constituição não é rigorosamente técnica neste assunto. Veja-se, por exemplo, que nos arts. 51 e 52 traz matérias de competência exclusiva, respectivamente da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, mas diz que se trata de competência privativa. Não é deste último tipo, porque são atribuições indelegáveis[5].

O que pode ser anotado é que o Constituinte Originário estabeleceu, no art. 21 da Constituição Federal, competências materiais ou administrativas que serão executadas de modo exclusivo pela União, sem possibilidade de

qualquer dos outros entes políticos a exercerem, ou seja, impossível a delegação para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Não se pode deixar sem realce, para melhor compreensão da vontade expressa pela Constituição, que os Estados-membros, embora possuam, em regra, competências remanescentes ou reservadas, também exercem competências exclusivas, a saber:

(i) a competência para a exploração direta, ou mediante concessão, dos serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação (CF, art. 25, § 2º); e

(ii) a possibilidade de instituição, via lei complementar, de regiões metropolitanas, conglomerados urbanos ou microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para melhor execução da prestação do serviço público (CF, art. 25, § 3º). No tocante aos Municípios, a Constituição Federal, em seu art. 30, indica as competências que podem exercer. Acentuamos, ainda, que as competências tributárias delineadas pela Constituição Federal são exercidas de forma exclusiva, conforme previsão dos artigos 153, 155 e 156.

Esclarecemos que a delegabilidade prevista no parágrafo único do art. 22 da Constituição Federal só pode ser exercida se obedecidos os seguintes requisitos:

a) a delegação tem de estar prevista em lei complementar federal;

b) a delegação também é extensiva ao Distrito Federal, haja vista que cabem ao Distrito Federal as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios (CF, art. 32, § 1º);

c) a União só poderá delegar questões específicas e não, de modo geral, toda a matéria que lhe é originariamente estabelecida;

d) há de ser observado o respeito ao princípio da isonomia, isto é, a delegação deve ser estabelecida a todos os Estados-membros e não só a um deles, pois a Constituição Federal, no art. 19, veda o estabelecimento de preferências entre os Estados. Um exemplo desse tipo de delegação é a constante na Lei Complementar n. 103, de 14 de julho de 2000, que autorizou os Estados e o Distrito Federal a instituírem o piso salarial a que se refere o inciso V do art. 7º da Constituição Federal para as categorias de trabalhadores não organizadas em sindicato.

Determina o inciso I do art. 22 em exame que é da competência privativa da União legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral,

agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

Apresentamos algumas considerações sobre a competência privativa da União em legislar sobre Direito Civil, Comercial, Penal, Processual e Eleitoral.

O Direito Civil é conceituado, atualmente, como sendo um ramo do direito comum, que tem a preocupação de regular negócios jurídicos entre particulares. O seu objetivo é o de disciplinar a vida das pessoas desde a concepção – e mesmo antes dela, quando permite que se contemple a prole eventual (*cc*, art. 1.597, IV) – até a morte, e ainda depois dela, reconhecendo a eficácia *post mortem* do testamento (art. 1.857) e exigindo respeito à memória dos mortos (art. 12, parágrafo único). O seu instrumento legislativo de maior relevância é o Código Civil de 2002, que está subordinado aos princípios da socialidade, eticidade, praticidade e operabilidade.

A competência privativa da União para legislar sobre Direito Civil há de ser exercida, na época contemporânea, tendo em consideração fatores históricos ocorridos nos últimos séculos que ampliaram o campo da atuação do Direito Privado, tendo em vista os efeitos produzidos pelos negócios jurídicos bilaterais que resultaram no abandono do individualismo e do patrimonialismo para abraçar a sociabilidade, a ética, o abuso de direito, a onerosidade contratual, a probidade, consagrando, portanto, valores de respeito à dignidade humana e à cidadania. Esses movimentos determinaram o redimensionamento do Direito Civil que passou a ver incluídas em seu campo leis excepcionais regulando assuntos ainda não por ele abordados e chegando até a instituição de microssistemas como o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei do Direito Autoral, a Lei de Locações.

O Direito Comercial é legislado, de modo privativo, pela União. O Código Civil de 2002 concentrou em seu corpo o Código Comercial de 1850, salvo a parte que regula o Direito Marítimo.

O Direito Comercial brasileiro alcançou forte evolução nos últimos 30 anos e foi influenciado pelos novos conceitos estabelecidos pela teoria da empresa que se distanciou da teoria dos atos de comércio até então vigorante. Temos, atualmente, em nosso ordenamento jurídico, importantes leis compondo o Direito Comercial, a saber:

a) Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976 – Lei das Sociedades

Anônimas;

b) Lei n. 8.934, de 18 de novembro de 1994 – Lei de Registro Público de Empresas;

c) Lei n. 8.884, de 20 de julho de 1994 – Lei de Defesa da Livre Concorrência;

d) Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996 – Lei da Propriedade Industrial;

e) Lei Complementar n. 123/2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Micro e Pequena Empresa nas Licitações e Compras Governamentais, também chamado de Lei Geral da Micro e Pequena Empresa;

f) Lei Uniforme das Letras de Câmbio;

g) Lei do Cheque;

h) Lei da Insolvência e da Recuperação de Empresas;

i) Leis sobre representação e franquia;

j) Leis sobre seguros;

k) Leis sobre contratos bancários;

l) Lei sobre os contratos de concessão;

m) Lei sobre os contratos de *franchising*;

n) Lei sobre o contrato de *factoring*;

o) Lei sobre o contrato de *leasing* etc.

A União legisla, privativamente, sobre Direito Penal. Este ramo de Direito abrange as relações jurídicas reguladas por leis que punem:

a) os crimes comuns;

b) os crimes especiais;

c) os crimes tributários;

d) os crimes financeiros;

e) os crimes contra o meio ambiente (Lei n. 9.605/88);

f) os crimes contra as relações de consumo (Lei n. 8.078/90);

g) os crimes de lavagem de dinheiro (Lei n. 9.613/96);

h) o tráfico de drogas;

i) os crimes hediondos (Lei n. 8.072/90);

j) os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor (Lei n. 7.716/89);

k) os crimes contra a apresentação e uso de documento de identificação pessoal (Lei n. 5.553/68);

l) os crimes nos casos de abuso de autoridade (Lei n. 4.898/65);
m) os crimes de tortura (Lei n. 9.455/97);
n) os crimes contra as crianças e os adolescentes (Lei n. 8.069/90);
o) o crime organizado (Lei n. 9.034/95);
p) o crime contra a escuta telefônica (Lei n. 9.296/96);
q) os crimes contra o SFN (Lei n. 7.492/86);
r) os crimes contra a organização do trabalho;
s) os crimes eleitorais (Lei n. 4.737/65);
t) as contravenções penais (Decreto-Lei n. 3.688/41), entre outros.

A competência privativa da União para legislar sobre direito processual alcança: o Direito Processual Civil, o Direito Processual Penal, o Direito Processual Trabalhista, Direito Processual Tributário, o Direito Processual Administrativo, o Direito Processual Disciplinar, o Direito Processual Eleitoral, o Direito Processual das Ações Coletivas e outros ramos de Direito Formal.

O Direito Eleitoral só pode receber regras oriundas da União Federal. A sua área de abrangência é composta pelo Código Eleitoral (Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965); pela Lei que estabelece casos de inelegibilidade, prazos de cassação e outras providências (LC 64, de 18 de maio de 1990); pela Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece as normas gerais para as eleições, como data, cargos em disputa, períodos para convenções, procedimento para registro, entre outros; pela Lei n. 10.408, de 10 de janeiro de 2002, que dispõe sobre voto eletrônico e pela Lei Orgânica dos Partidos Políticos.

A jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal, a respeito do art. 22 e de alguns dos seus incisos, aponta para a consolidação, em nosso ordenamento jurídico constitucional, com base na predominância do interesse geral. Registramos, a seguir, alguns acórdãos refletindo esse posicionamento:

– Reafirmando o entendimento de que cabe à União legislar sobre matérias de predominante interesse geral, tendo em vista a Lei n. 10.826, de 2003, denominada Estatuto do Desarmamento: “Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 10.826/2003. Estatuto do desarmamento. Inconstitucionalidade formal afastada. Invasão da competência residual dos estados. Inocorrência. Invasão de competência residual dos Estados para legislar sobre segurança pública inocorrente, pois cabe à União legislar

sobre matérias de predominante interesse geral. (ADI 3.112, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 2-5-07, *DJ* de 26-10-07)".

– Impondo a competência privativa da União para definir, por meio de lei, os crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento: "São da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento." (Súm. 722).

– Sobre a Lei 11.101, de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária: "O Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT contra os artigos 60, parágrafo único, 83, I e IV, *c*, e 141, II, da Lei 11.101/2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Sustentava o requerente ofensa aos artigos 1º, III e IV, 6º, 7º, I, e 170, VIII, da CF. Afastou-se, inicialmente, a alegada inconstitucionalidade formal dos dispositivos legais impugnados, por afronta à reserva constitucional de lei complementar. Asseverou-se que, nos termos do *art. 22*, I, da CF, compete privativamente à União legislar sobre direito do trabalho, a qual não está obrigada a utilizar-se de lei complementar para disciplinar a matéria, o que somente é exigido, de acordo com o art. 7º, I, da CF, para regrar a dispensa imotivada, assunto, entretanto, que não constituiria objeto da Lei 11.101/2005. No ponto, salientou-se que, não obstante a eventual recuperação ou falência de certa empresa ou a venda de seus ativos implique indiretamente a extinção de contratos de trabalho, esse efeito subsidiário nada teria a ver com a despedida arbitrária ou sem justa causa, que decorre sempre de ato volitivo e unilateral do empregador." (*ADI 3.934*, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 27-5-09, Plenário, *Informativo 548*).

– Sobre a impossibilidade de o Estado legislar sobre Direito Processual Penal: "O Tribunal, por maioria, concedeu *habeas corpus* impetrado em favor de condenado pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I e II, do CP, e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade formal da Lei paulista 11.819/2005, que previu a utilização de aparelho de videoconferência nos procedimentos judiciais destinados ao interrogatório e à audiência de presos – v. *Informativo* 518. Na espécie, o interrogatório do paciente, a despeito da discordância de sua defesa, realizara-se sem a presença do paciente na sala da audiência, por meio da videoconferência.

Entendeu-se que a norma em questão teria invadido a competência privativa da União para legislar sobre direito processual.” (HC 90.900, Rel. p/ o ac. Min. Menezes Direito, julgamento em 30-10-08, *Informativo* 526). No mesmo sentido: HC 91.859, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 4-11-08, 1ª Turma, *DJE* de 13-3-09.

– Considerando a exigência de depósito recursal prévio para os recursos no Juizado Especial Cível, em face de Lei Estadual: “A exigência de depósito recursal prévio aos recursos do Juizado Especial Cível, criada pelo art. 7º da Lei Estadual (AL) n. 6.816/07, constitui requisito de admissibilidade do recurso, tema próprio de Direito Processual Civil e não de ‘procedimentos em matéria processual’ (art. 24, inciso XI, CF). Medida cautelar deferida para suspender a eficácia do art. 7º, *caput* e respectivos parágrafos, da Lei n. 6.816/07, do Estado de Alagoas.” (ADI 4.161-MC, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 29-10-08, Plenário, *DJE* de 17-4-09).

– No referente ao cabimento de reclamação no processo trabalhista: “No tocante ao cabimento da reclamação no processo trabalhista, observem que, de há muito, o Supremo assentou a necessidade de esse instrumento estar previsto em lei no sentido formal e material, não cabendo criá-lo por meio de regimento interno. (...) Realmente, não se pode cogitar de disciplina em regimento interno, porquanto a reclamação ganha contornos de verdadeiro recurso, mostrando-se inserida, portanto, conforme ressaltado pelo Supremo, no direito constitucional de petição. Cumpre, no âmbito federal, ao Congresso Nacional dispor a respeito, ainda que o faça, ante a origem da regência do processo do trabalho, mediante lei ordinária. Relativamente ao Supremo e ao Superior Tribunal de Justiça, porque o campo de atuação dessas Cortes está delimitado na própria Carta Federal, a reclamação foi prevista, respectivamente, nos artigos 102, inciso I, alínea *l*, e 105, inciso I, alínea *f*’. Assim, surge merecedora da pecha de inconstitucional a norma do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho que dispõe sobre a reclamação. Não se encontrando esta versada na Consolidação das Leis do Trabalho, impossível instituí-la mediante deliberação do próprio Colegiado.” (RE 405.031, voto do Min. Marco Aurélio, julgamento em 15-10-08, Plenário, *DJE* de 17-4-09).

– Quanto a ser possível resolução do Poder Judiciário especializar vara para processar e julgar o delito de formação de quadrilha e de gestão fraudulenta de instituição financeira: “Formação de quadrilha e gestão

fraudulenta de instituição financeira. Competência. Especialização de vara por resolução do Poder Judiciário. Ofensa ao princípio do juiz natural e à reserva de lei (Constituição do Brasil, artigos 5º, incisos XXXVII e LIII; 22, I; 24, XI; 68, § 1º, I e 96, II, alíneas *a* e *d*). Inocorrência. Princípio da legalidade e princípio da reserva da lei e da reserva da norma. Função legislativa e função normativa. Lei, regulamento e regimento. Ausência de delegação de função legislativa. Separação dos poderes (Constituição do Brasil, artigo 2º). Paciente condenado a doze anos e oito meses de reclusão pela prática dos crimes de formação de quadrilha (CP, art. 288) e gestão fraudulenta de instituição financeira (Lei n. 7.492/86). Inquérito supervisionado pelo Juiz Federal da Subseção Judiciária de Foz do Iguaçu, que deferiu medidas cautelares. Especialização, por Resolução do Tribunal Regional da Quarta Região, da Segunda Vara Federal de Curitiba/PR para o julgamento de crimes financeiros. Remessa dos autos ao Juízo competente. Ofensa ao princípio do juiz natural (artigo 5º, incisos XXXVII e LIII da Constituição do Brasil) e à reserva de lei. Inocorrência. Especializar varas e atribuir competência por natureza de feitos não é matéria alcançada pela reserva da lei em sentido estrito, porém apenas pelo princípio da legalidade afirmado no artigo 5º, II da Constituição do Brasil, ou seja, pela reserva da norma. No enunciado do preceito – 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei' – há visível distinção entre as seguintes situações: [i] vinculação às definições da lei e [ii] vinculação às definições 'decorrentes' – isto é, fixadas em virtude dela – de lei. No primeiro caso estamos diante da 'reserva da lei'; no segundo, em face da 'reserva da norma' (norma que pode ser tanto legal quanto regulamentar ou regimental). Na segunda situação, ainda quando as definições em pauta se operem em atos normativos não da espécie legislativa – mas decorrentes de previsão implícita ou explícita em lei – o princípio estará sendo devidamente acatado. No caso concreto, o princípio da legalidade expressa 'reserva de lei em termos relativos' (= 'reserva da norma') não impede a atribuição, explícita ou implícita, ao Executivo e ao Judiciário, para, no exercício da função normativa, definir obrigação de fazer ou não fazer que se imponha aos particulares – e os vincule. Se há matérias que não podem ser reguladas senão pela lei (...) das excluídas a essa exigência podem tratar, sobre elas dispondo, o Poder Executivo e o Judiciário, em regulamentos e regimentos. Quanto à definição do que está incluído nas matérias de reserva de lei, há de ser colhida no texto

constitucional; quanto a essas matérias não cabem regulamentos e regimentos. Inconcebível a admissão de que o texto constitucional contivesse disposição despiciente – *verba cum effectu sunt accipienda*. A legalidade da Resolução n. 20, do Presidente do TRF da 4a Região, é evidente. Não há delegação de competência legislativa na hipótese e, pois, inconstitucionalidade. Quando o Executivo e o Judiciário expedem atos normativos de caráter não legislativo – regulamentos e regimentos, respectivamente – não o fazem no exercício da função legislativa, mas no desenvolvimento de 'função normativa'. O exercício da função regulamentar e da função regimental não decorrem de delegação de função legislativa; não envolvem, portanto, derrogação do princípio da divisão dos poderes." (HC 85.060, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 23-9-08, *DJE* de 13-2-09).

– Não reconhecendo competência legislativa ao Distrito Federal para regular a provisão de dispositivos redutores de estresse e cansaço físico a motoristas cobradores de transporte coletivo: "Ação direta. Arts. 1º e 2º da Lei n. 3.680/2005, do Distrito Federal. Competência legislativa. Trânsito. Serviço público. Transporte coletivo urbano. Veículos. Provisão de dispositivos redutores de estresse e cansaço físico a motoristas e cobradores. Obrigação das permissionárias de garantir descanso e prática de exercícios físicos. Inadmissibilidade. Competências legislativas exclusivas da União. Ofensa aparente ao *art. 22*, incs. I e XI, da CF. Liminar concedida. Precedentes. Aparenta inconstitucionalidade, para efeito de liminar, a lei distrital ou estadual que dispõe sobre obrigatoriedade de equipar ônibus usados no serviço público de transporte coletivo com dispositivos redutores de estresse a motoristas e cobradores e de garantir-lhes descanso e exercícios físicos." (ADI 3.671-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 28-8-08, *DJE* de 28-11-08).

– Reafirmando a competência privativa da União em legislar sobre direito processual: "Art. 32, inc. IV, da Lei sergipana n. 4.122/1999, que confere a delegado de polícia a prerrogativa de ajustar com o juiz ou a autoridade competente a data, a hora e o local em que será ouvido como testemunha ou ofendido em processos e inquéritos. (...) É competência privativa da União legislar sobre direito processual (...). A persecução criminal, da qual fazem parte o inquérito policial e a ação penal, rege-se pelo direito processual penal. Apesar de caracterizar o inquérito policial uma fase preparatória e até dispensável da ação penal, por estar diretamente ligado à instrução

processual que haverá de se seguir, é dotado de natureza processual, a ser cuidada, privativamente, por esse ramo do direito de competência da União." (ADI 3.896, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 4-6-08, *DJE* de 8-8-08).

– Afirmando ser possível ao Estado legislar sobre a obrigatoriedade de informação, nos rótulos de embalagens de café, dados específicos sobre a composição do produto: "Direito constitucional e administrativo. ADI contra Lei Paranaense 13.519, de 8 de abril de 2002, que estabelece obrigatoriedade de informação, conforme especifica, nos rótulos de embalagens de café comercializado no Paraná.(...) Proteção ao consumidor. Ofensa indireta. (...) Não há usurpação de competência da União para legislar sobre direito comercial e comércio interestadual porque o ato normativo impugnado buscou, tão somente, assegurar a proteção ao consumidor. Precedente deste Tribunal (*ADI 1.980*, Rel. Min. Sydney Sanches) no sentido de que não invade esfera de competência da União, para legislar sobre normas gerais, lei paranaense que assegura ao consumidor o direito de obter informações sobre produtos combustíveis. Afronta ao texto constitucional indireta na medida em que se mostra indispensável o exame de conteúdo de outras normas infraconstitucionais, no caso, o Código do Consumidor.(...) Ação julgada parcialmente procedente apenas no ponto em que a lei impugnada estende os seus efeitos a outras unidades da Federação."(ADI 2.832, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 7-5-08, *DJE* de 20-6-08).

– Declarando a competência comum e concorrente do Distrito Federal para exigir notificação mensal à secretaria de saúde, por parte dos médicos, nos casos de câncer de pele: "Lei Distrital. Notificação mensal à secretaria de saúde. Casos de câncer de pele. Obrigação imposta a médicos públicos e particulares. Admissibilidade. Saúde pública. Matéria inserida no âmbito de competência comum e concorrente do Distrito Federal. Arts. 23, II, e 24, XII, da CF. Responsabilidade civil dos profissionais da saúde. Matéria de competência exclusiva da União. *Art. 22*, I.(...) Dispositivo de lei distrital que obriga os médicos públicos e particulares do Distrito Federal a notificarem a Secretaria de Saúde sobre os casos de câncer de pele não é inconstitucional. Matéria inserida no âmbito da competência da União, Estados e Distrito Federal, nos termos do art. 23, II, da Constituição Federal. Exigência que encontra abrigo também no art. 24, XII, da Carta Magna, que atribui competência concorrente aos referidos entes federativos

para legislar sobre a defesa da saúde. Dispositivo da lei distrital que imputa responsabilidade civil ao médico por falta de notificação caracteriza ofensa ao *art. 22*, I, da CF, que consigna ser competência exclusiva da União legislar acerca dessa matéria. (...).” (ADI 2.875, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 4-6-08, *DJE* de 20-6-08).

– Reconhecendo constitucional artigo da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que estabelece foro especial por prerrogativa de função contra vereador: “Competência criminal. Originária. Ação penal. Crime comum. Réu então vereador. Feito da competência do Tribunal de Justiça. Art. 161, IV, *d*, n. 3, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Foro especial por prerrogativa de função. Constitucionalidade reconhecida. Precedentes do Supremo. Processo anulado. Recurso extraordinário improvido. Réu que perdeu o cargo de vereador. Retorno dos autos ao juízo de primeiro grau. Prejuízo do recurso neste ponto. Inteligência dos arts. 22, I, e 125, § 1º, da CF. Não afronta a Constituição da República, a norma de Constituição estadual que, disciplinando competência originária do Tribunal de Justiça, lha atribui para processar e julgar vereador.” (RE 464.935, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 3-6-08, *DJE* de 27-6-08).

– Não reconhecendo competência ao Distrito Federal para legislar sobre direito do trabalho: “Lei Distrital n. 3.136/2003, que ‘disciplina a atividade de transporte de bagagens nos terminais rodoviários do Distrito Federal’. (...) Com relação à alegação de violação ao *art. 22*, I, da CF, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é o caso de declarar a inconstitucionalidade formal da Lei Distrital n. 3.136/2003, em razão da incompetência legislativa das unidades da federação para legislar sobre direito do trabalho. Precedentes citados: ADI n. 601/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, unânime, *DJ* de 20-9-2002; ADI n. 953/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, unânime, *DJ* de 2-5-2003; ADI-MC n. 2.487/SC, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, unânime, *DJ* de 1-8-2003; ADI n. 3.069/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, unânime, *DJ* de 16-12-2005. (...) Ainda que superado o reconhecimento de ambas as inconstitucionalidades formais indicadas, com relação ao art. 1º da Lei Distrital, verifica-se violação ao art. 8º, VI, da CF, por afrontar a ‘liberdade de associação sindical’, uma vez que a norma objeto desta impugnação sujeita o exercício da profissão de carregador e transportador de bagagens à prévia filiação ao sindicato da categoria.” (*ADI 3.587*, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 12-12-07, *DJE* de 22-2-08).

– Sobre a competência exclusiva do Executivo em ter a iniciativa de lei que majora vencimentos de servidores públicos: “O Supremo Tribunal Federal referendou decisão do então Relator, Ministro Marco Aurélio, que deferiu o pedido de liminar, para suspender a eficácia dos artigos 41, 42, 43 e seu parágrafo único, 44, 45 e seu parágrafo único do ADCT da Constituição do Estado da Paraíba e indeferiu a cautelar relativamente ao inciso XII do art. 136 da parte permanente da mencionada Constituição. Salientou-se, na oportunidade, que os citados dispositivos do ADCT ofendem a regra da iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo quanto à majoração de vencimentos dos servidores públicos (CF, art. 61, § 1º, II, *a*) e no que concerne à prévia dotação orçamentária para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes (CF, art. 169). No que concerne ao art. 136, XII, a liminar foi indeferida, dado que a Constituição Federal deixa expresso que a competência dos Tribunais estaduais é definida na Constituição estadual (CF, art. 125, § 1º). (...) Já quanto à alegação de que teria havido ofensa à competência privativa da União para legislar sobre processo penal por ter o constituinte estadual atribuído foro privilegiado aos Procuradores do Estado, salientou o Ministro Marco Aurélio, ao indeferir a cautelar, que, se por um lado, compete privativamente à União legislar sobre direito processual, por outro, está reconhecido na própria Carta que a competência dos Tribunais dos Estados é definida na respectiva Constituição.” (ADI 541, voto do Min. Carlos Velloso, julgamento em 10-5-07, *DJ* de 6-9-07).

– Reconhecendo inconstitucional, por incompetência legislativa do Estado de Santa Catarina, Lei que impede discriminação contra a mulher no mercado de trabalho: “(...) Lei 11. 562/2000 do Estado de Santa Catarina. Mercado de trabalho. Discriminação contra a mulher. Competência da União para legislar sobre Direito do trabalho. (...) A Lei n. 11.562/2000, não obstante o louvável conteúdo material de combate à discriminação contra a mulher no mercado de trabalho, incide em inconstitucionalidade formal, por invadir a competência da União para legislar sobre direito do trabalho. (...)” (ADI 2.487, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 30-8-07, *DJE* de 28-3-08.).

– Declarando a competência de Estados e Municípios de legislar sobre anistia de infrações disciplinares de seus respectivos servidores: “Anistia de infrações disciplinares de servidores estaduais: competência do Estado-membro respectivo. Só quando se cuidar de anistia de crimes – que se

caracteriza como *abolitio criminis* de efeito temporário e só retroativo – a competência exclusiva da União se harmoniza com a competência federal privativa para legislar sobre Direito Penal; ao contrário, conferir à União – e somente a ela – o poder de anistiar infrações administrativas de servidores locais constituiria exceção radical e inexplicável ao dogma fundamental do princípio federativo – qual seja, a autonomia administrativa de Estados e Municípios – que não é de presumir, mas, ao contrário, reclamaria norma inequívoca da Constituição da República (precedente: Rp 696, 6-10-66, red. Baleeiro). Compreende-se na esfera de autonomia dos Estados a anistia (ou o cancelamento) de infrações disciplinares de seus respectivos servidores, podendo concedê-la a Assembleia Constituinte local, mormente quando circunscrita – a exemplo da concedida pela Constituição da República – às punições impostas no regime decaído por motivos políticos." (ADI 104, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 4-6-07, *DJ* de 24-8-07).

– Reconhecendo a inconstitucionalidade por incompetência de o Estado legislar sobre perda de concessão do benefício à assistência judiciária gratuita no caso de sucumbência da parte em ação investigatória de paternidade: "Ação direta de inconstitucionalidade. Artigos 1º, 2º e 3º da Lei n. 50, de 25 de maio de 2004, do Estado do Amazonas. Teste de maternidade e paternidade. Realização gratuita. (...) O disposto no inciso I consubstancia matéria de índole processual – concessão definitiva do benefício à assistência judiciária gratuita – tema a ser disciplinado pela União. Inconstitucionalidade do inciso III do artigo 2º que estabelece a perda do direito à assistência judiciária gratuita do sucumbente na ação investigatória que tenha sido proposta pelo Ministério Público e que tenha como suporte o resultado positivo do exame de DNA. Violação do disposto no inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição de 1988. Fixação de prazo para cumprimento da decisão judicial que determinar o ressarcimento das despesas realizadas pelo Estado-membro. Inconstitucionalidade do inciso IV do artigo 2º." (ADI 3.394, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 2-4-07, *DJE* de 15-8-08).

– Sobre a competência de o Estado de Rondônia baixar lei impondo às empresas de construção civil, com obras no Estado, a obrigação de fornecer leite, café e pão com manteiga aos trabalhadores que comparecerem com antecedência mínima de 15 (quinze) minutos ao seu primeiro turno de trabalho: "Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 1.314, de 1º de abril de 2004, do Estado de Rondônia, que impõe às

empresas de construção civil, com obras no Estado, a obrigação de fornecer leite, café e pão com manteiga aos trabalhadores que comparecerem com antecedência mínima de 15 (quinze) minutos ao seu primeiro turno de labor. Usurpação da competência da União para legislar sobre direito do trabalho (inciso I do *art. 22*). Ação julgada procedente." (ADI 3.251, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 18-6-07, *DJ* de 19-10-07).

– Análise de competência de Lei Distrital que cria restrições às empresas que discriminarem na contratação de mão de obra: "Ação direta de inconstitucionalidade: L. Distrital 3.705, de 21-11-2005, que cria restrições a empresas que discriminarem na contratação de mão de obra: inconstitucionalidade declarada. Ofensa à competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação administrativa, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais de todos os entes da Federação (CF, art. 22, XXVII) e para dispor sobre Direito do Trabalho e inspeção do trabalho (CF, arts. 21, XXIV e 22, I)". (ADI 3.670, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 2-4-07, *DJ* de 18-5-07).

– Sobre lei estadual que concedeu isenção de pagamento em estacionamento privado: "Constitucional. Lei n. 15.223/2005, do Estado de Goiás. Concessão de isenção de pagamento em estacionamento. Competência legislativa. Preliminar. Legitimidade ativa. Propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN. Ação procedente. Preliminar de ilegitimidade ativa. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida por maioria. A prestação de serviço de estacionamento não é a atividade principal dos estabelecimentos de ensino representados pela entidade autora, mas assume relevo para efeito de demonstração de interesse para a propositura da ação direta (precedente: ADI 2.448, Rel. Min. Sydney Sanches, pleno, 23-4-2003). O ato normativo atacado prevê a isenção de pagamento por serviço de estacionamento não apenas em estabelecimentos de ensino, mas também em outros estabelecimentos não representados pela entidade autora. Tratando-se de alegação de inconstitucionalidade formal da norma atacada, torna-se inviável a cisão da ação para dela conhecer apenas em relação aos dispositivos que guardem pertinência temática com os estabelecimentos de ensino. Inconstitucionalidade formal. Competência privativa da União." (*ADI 3.710*, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 9-2-07, *DJ* de 27-4-07).

– Pronunciamento sobre lei estadual que regula obrigações relativas a serviços de assistência médico-hospitalar:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Lei estadual que regula obrigações relativas a serviços de assistência médico-hospitalar regidos por contratos de natureza privada, universalizando a cobertura de doenças (Lei n. 11.446/1997, do Estado de Pernambuco). Vício formal. Competência privativa da União para legislar sobre direito civil, comercial e sobre política de seguros (CF, *art. 22*, I e VII). Precedente: ADI n. 1.595-MC/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, *DJ* de 19-12-02, Pleno, maioria." (ADI 1.646, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 2-8-06, *DJ* de 7-12-06). No mesmo sentido: ADI 1.595, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-3-05, *DJ* de 7-12-06.

– Reconhecendo a inconstitucionalidade da expressão "julgar" contida em Constituição Estadual: "A expressão 'e julgar', que consta do inciso XX do artigo 40, e o inciso II do § 1º do artigo 73 da Constituição catarinense consubstanciam normas processuais a serem observadas no julgamento da prática de crimes de responsabilidade. Matéria cuja competência legislativa é da União. Precedentes. Lei federal n. 1.079/50, que disciplina o processamento dos crimes de responsabilidade. Recebimento, pela Constituição vigente, do disposto no artigo 78, que atribui a um Tribunal Especial a competência para julgar o Governador. Precedentes. Inconstitucionalidade formal dos preceitos que dispõem sobre processo e julgamento dos crimes de responsabilidade, matéria de competência legislativa da União. A CB/88 elevou o prazo de inabilitação de 5 (cinco) para 8 (oito) anos em relação às autoridades apontadas. Artigo 2º da Lei n. 1.079 revogado, no que contraria a Constituição do Brasil. A Constituição não cuidou da matéria no que respeita às autoridades estaduais. O disposto no artigo 78 da Lei n. 1.079 permanece hígido – o prazo de inabilitação das autoridades estaduais não foi alterado. O Estado-Membro carece de competência legislativa para majorar o prazo de cinco anos – artigos 22, inciso I, e parágrafo único do artigo 85 da CB/88, que tratam de matéria cuja competência para legislar é da União. O Regimento da Assembleia Legislativa catarinense foi integralmente revogado. Prejuízo da ação no que se refere à impugnação do trecho 'do qual fará chegar uma via ao substituto constitucional do Governador para que assuma o poder, no dia em que entre em vigor a decisão da Assembleia', constante do § 4º do artigo 232." (ADI 1.628, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 10-8-06, *DJ* de 24-11-06).

– Sobre a competência privativa legislativa da União em definir crimes de responsabilidade e disciplinar o respectivo processo e julgamento: “Inscreve-se na competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e a disciplina do respectivo processo e julgamento. Precedentes do Supremo Tribunal: ADIMC 1.620, ADIMC 2.060 e ADIMC 2.235.” (ADI 2.220, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 1º-8-00, *DJ* de 7-12-00). No mesmo sentido: ADI 1.901, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 3-2-03, *DJ* de 9-5-03.

– Reconhecendo a constitucionalidade de Resoluções do TSE que regularam pedidos de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária:

“Fidelidade partidária. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária. Síntese das violações constitucionais arguidas. Alegada contrariedade do art. 2º da Resolução ao art. 121 da Constituição, que ao atribuir a competência para examinar os pedidos de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária ao TSE e aos Tribunais Regionais Eleitorais, teria contrariado a reserva de lei complementar para definição das competências de Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (art. 121 da Constituição). Suposta usurpação de competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição), em virtude de o art. 1º da Resolução disciplinar de maneira inovadora a perda do cargo eletivo. Por estabelecer normas de caráter processual, como a forma da petição inicial e das provas (art. 3º), o prazo para a resposta e as consequências da revelia (art. 3º, *caput* e par. ún.), os requisitos e direitos da defesa (art. 5º), o julgamento antecipado da lide (art. 6º), a disciplina e o ônus da prova (art. 7º, *caput* e par. ún., art. 8º), a Resolução também teria violado a reserva prevista nos arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição. Ainda segundo os requerentes, o texto impugnado discrepa da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes que inspiraram a Resolução, no que se refere à atribuição ao Ministério Público eleitoral e ao terceiro interessado para, ante a omissão do Partido Político, postular a perda do cargo eletivo (art. 1º, § 2º). Para eles, a criação de nova atribuição ao MP por resolução dissocia-se da necessária reserva de lei em sentido estrito (arts. 128, § 5º e 129, IX da Constituição). Por outro lado, o suplente não estaria autorizado a postular, em nome próprio, a aplicação da sanção que assegura a fidelidade partidária, uma vez que o mandato ‘pertenceria’

ao Partido.) Por fim, dizem os requerentes que o ato impugnado invadiu competência legislativa, violando o princípio da separação dos poderes (arts. 2º, 60, § 4º, III da Constituição). O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo ministro-relator. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo. As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar. São constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral." (ADI 3.999 e ADI 4.086, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 12-11-08, Plenário, *DJE* de 17-4-09).

– Reafirmação da competência privativa da União para legislar sobre Direito Civil: "Normas que cuidam dos institutos da posse, da aquisição de propriedade por decurso do tempo (prescrição aquisitiva) e de títulos legitimadores de propriedade são de Direito Civil, da competência legislativa da União. CF, art. 22, I. II". (ADI 3.438, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 19-12-05, *DJ* de 17-2-06).

– Reconhecendo constitucional Resolução de Tribunal Regional Eleitoral que proibiu o uso de simuladores de urna eletrônica: "Resolução n. 518, de 2000, do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro. Proibição de uso de simuladores de urna eletrônica. Ausência de usurpação da competência legislativa privativa da União. (ADI 2.283, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 15-2-06, *DJ* de 2-6-06).

– Impedindo que os Estados legislem sobre a fixação da data de vencimento das mensalidades escolares, por ser tema de Direito Civil: "Mensalidades escolares. Fixação da data de vencimento. Matéria de direito contratual. (...) Os serviços de educação, seja os prestados pelo estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser desenvolvidos pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. Nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição do Brasil, compete à União legislar sobre Direito Civil." (ADI 1.007, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 31-8-05, *DJ* de 24-2-06).

– Idem sobre fixação de limites do valor das quantias cobradas pelo uso de estacionamento de veículos em áreas particulares: “Estacionamento de veículos em áreas particulares. Lei estadual que limita o valor das quantias cobradas pelo seu uso. Direito Civil. Invasão de competência privativa da União. Hipótese de inconstitucionalidade formal por invasão de competência privativa da União para legislar sobre direito civil (CF, artigo 22, I). Enquanto a União regula o direito de propriedade e estabelece as regras substantivas de intervenção no domínio econômico, os outros níveis de governo apenas exercem o policiamento administrativo do uso da propriedade e da atividade econômica dos particulares, tendo em vista, sempre, as normas substantivas editadas pela União.” (ADI 1.918, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 23-8-01, *DJ* de 1º-8-03). No mesmo sentido: ADI 2.448, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 23-4-03, *DJ* de 13-6-03).

– Reconhecendo competência privativa implícita da União em legislar no sentido de decretar feriados civis, mediante lei federal ordinária de iniciativa de partes envolvidas em relações empregatícias: “Implícito ao poder privativo da União de legislar sobre direito do trabalho está o de decretar feriados civis, mediante lei federal ordinária, por envolver tal iniciativa consequências nas relações empregatícias e salariais. Precedentes: AI 20.423, Rel. Min. Barros Barreto, *DJ* de 24-6-59 e Representação *1.172*, Rel. Min. Rafael Mayer, *DJ* de 3-8-84.” (*ADI 3.069*, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 24-11-05, *DJ* de 16-12-05).

Há outras decisões da Suprema Corte interpretando e aplicando os incisos do art. 22 da Constituição Federal, impondo a efetividade e a eficácia dos comandos neles contidos e sempre considerando como imperativos os postulados da federação e os princípios da repartição das competências onde os da autonomia e da supremacia do interesse nacional estão sempre presentes.

8. Competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: art. 23, incisos I a XIII da CF

O art. 23 da Constituição Federal, ao fixar a competência comum da

União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, determina que:

"Art. 23 – É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I – Zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II – Cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; III – Proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico-cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV – Impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; V – Proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência; VI – Proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII – Preservar as florestas, a fauna e a flora; VIII – Fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; IX – Promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; X – Combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; XI – Registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; XII – Estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito. Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional".

Competência comum tem o significado jurídico de que os serviços administrativos podem ser exercidos, de modo concomitante, pelos entes federados. No entender de José Afonso da Silva[6], a competência comum é de natureza material e relativa à "prestação de serviços da mesma natureza da competência prevista no art. 21, com a diferença de que esta é exclusiva da União, enquanto aquela é comum dela, dos Estados, Distrito Federal e Municípios".

Certo, portanto, que a competência comum é caracterizada pelo seu exercício por todos os entes da federação, podendo, portanto, ser simultaneamente cumprida, desde que respeitados os limites constitucionais.

A competência comum definida no art. 23 da Constituição Federal é de natureza administrativa. Há, também, competência comum em matéria

legislativa, como, por exemplo, a prevista no art. 145, II, da CF, ao permitir a instituição de taxas por qualquer ente da federação.

Sobre as matérias discriminadas pelo art. 23 da Constituição Federal, todas elas inseridas no contexto da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observamos que devem ser considerados, como conexos, os aspectos seguintes:

a obrigação de zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público constitui competência comum de todos os entes federativos, competência que será exercida por via dos órgãos que os compõem;

a União poderá intervir nos Estados e no Distrito Federal para assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: – forma republicana, sistema representativo e regime democrático; – direitos da pessoa humana; – autonomia municipal; – prestação de contas da administração pública, direta e indireta; – 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 (art. 34, VII, letras *a* e *e*, da CF);

o de que constituem crime 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; V – A segurança interna do País; V – A probidade na administração; VI – A lei orçamentária; VII – O cumprimento das leis e das decisões judiciais;

o fato de que, conforme o art. 136 da CF, o Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza;

a possibilidade de, na forma do art. 137, o Presidente da República, após ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de: I – Comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de

fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; II – Declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira;

a da competência comum dos entes federados de cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência ser examinada de modo harmônico com os artigos 7º, inciso XXXI; 24, XIV; 37, VIII; 203, IV e V; 208, III; e 227, § 2º da própria Constituição Federal;

a respeito da competência comum prevista no inciso II do art. 23, devem ser considerados os seguintes diplomas legais federais já existentes: Lei n. 7.853/89, que disciplina a Coordenação Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência e institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos e difusos das pessoas portadoras de deficiência; o Decreto n. 914/93, que disciplina a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência;

a União, em face da competência comum atribuída pelo inciso III do art. 23, emitiu o Decreto-lei n. 25, de 1937, que visa regular a Proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional;

a proteção ao meio ambiente e o combate à poluição são exercidos por via da competência comum fixada pelo inciso VI do art. 23, em harmonia com os artigos 170, VI (art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) VI – Defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação), e 225 (art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações), tudo da Constituição Federal;

a União, em face do inciso VI do art. 23 da CF, expediu a Lei n. 7.347, de 1985 (Lei da Ação Civil Pública); a Lei n. 6.938/81 (Disciplina a Política Nacional do Meio Ambiente); o Decreto n. 750/93 (Disciplina o corte, a exploração e a supressão de vegetação primária ou nos estágios avançado e médio de regeneração da Mata Atlântica); e a Lei n. 9.605/98(Disciplinadora da Proteção ao Meio Ambiente);

o exercício da competência comum para preservar as florestas, a fauna e a flora foi exercida pela União com a edição do Código Florestal (Lei n. 4.771/65); do Código de Caça (Lei n. 5.197/96); do Código de Pesca (Decreto-Lei n. 221/67); do Decreto n. 3.179/99, regulamentador da lei de proteção ao meio ambiente;

a competência comum do inciso XI do art. 23 está presente, por parte da União, na Lei n. 9.433/97, que estabelece a Política Nacional de Recursos Hídricos;

a intensidade com que a competência normativa comum em matéria ambiental é exercida;

o exercício da competência comum por parte da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para disciplinar os procedimentos licitatórios.

9. A competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre as relações jurídicas enumeradas no art. 24, incisos I a XVI, da Constituição Federal

A Constituição Federal, no art. 24 e seus incisos, fixa a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar, do modo seguinte: “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I – Direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; II – Orçamento; III – Juntas comerciais; IV – Custas dos serviços forenses; V – Produção e consumo; VI – Florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; VII – Proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; VIII – Responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IX – Educação, cultura, ensino e desporto; X – Criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas; XI – Procedimentos em matéria processual; XII – Previdência social, proteção e defesa da saúde; XIII – Assistência jurídica e Defensoria pública; XIV –

Proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência; XV – Proteção à infância e à juventude; XVI – Organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis. § 1º – No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. § 2º – A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. § 3º – Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. § 4º – A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário".

A competência concorrente é exercida com base nos preceitos seguintes: a) a competência concorrente da União está limitada para o exercício de normas gerais; b) essa competência da União não exclui a competência suplementar dos Estados; c) os Estados poderão exercer, de modo pleno, a sua competência legislativa, quando, para atender às suas peculiaridades, não existirem normas gerais expedidas pela União; d) se a União expedir, posteriormente, lei federal de natureza geral sobre o assunto legislado pelo Estado, fica suspensa a eficácia da legislação estadual no que for contrário ao regulamentado pela entidade federal.

A competência concorrente prevista no art. 24 e incisos da Constituição Federal tem sido examinada, exaustivamente, pelo Supremo Tribunal Federal. A respeito, anotamos, de forma resumida, as principais decisões prolatadas pela Corte Suprema. Ei-las:

1 – O STF, ao analisar a competência da União, dos Estados e do Distrito Federal de legislar concorrentemente sobre direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico, tem entendido que:

1.1 – "Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 8.366, de 7 de julho de 2006, do Estado do Espírito Santo. Lei que institui incentivo fiscal para as empresas que contratarem apenados e egressos. Matéria de índole tributária e não orçamentária". (ADI 3.809, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 14-6-07, *DJ* de 14-9-07).

1.2 – "Lei n. 7.737/2004, do Estado do Espírito Santo. Garantia de meia entrada aos doadores regulares de sangue. Acesso a locais públicos de cultura, esporte e lazer. Competência concorrente entre a União, Estados-Membros e o Distrito Federal para legislar sobre direito econômico. Controle das doações de sangue e comprovante da regularidade. Secretaria de Estado da Saúde. Constitucionalidade." (ADI 3.512, Rel. Min. Eros

Grau, julgamento em 15-2-06, *DJ* de 23-6-06).

1.3 – “O inciso I inserido no art. 189, da Constituição de Rondônia, rege tema de índole financeira, matéria que está reservada à legislação federal. Relevante a *quaestio juris* de inconstitucionalidade do dispositivo em face do *art. 24*, I e § 1º, da Constituição”. (ADI 2.124-MC, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 30-6-00, *DJ* de 31-10-03).

1.4 – “Direito Monetário: competência legislativa privativa da União: critérios de conversão em URV dos valores fixados em Cruzeiro Real: aplicação compulsória a Estados e Municípios, inclusive aos vencimentos dos respectivos servidores, que impede a incidência de diferente legislação local a respeito. (...) A regra que confia privativamente à União legislar sobre ‘sistema monetário’ (art. 22, VI) é norma especial e subtrai, portanto, o Direito Monetário, para esse efeito, da esfera material do Direito Econômico, que o *art. 24*, I, da Constituição da República inclui no campo da competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal”. (RE 291.188, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 8-10-02, *DJ* de 14-11-02).

2 – Sobre o inciso III do art. 24:

2.1 – “Surge relevante pedido voltado ao implemento de tutela antecipada quando estão em jogo competência concorrente e extravasamento do campo alusivo a normas gerais considerada previdência estadual.” (ACO 830-TAR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 29-10-07, Plenário, *DJE* de 11-4-08).

2.2 – “Juntas comerciais: natureza própria ou delegada da competência dos Estados e do Distrito Federal para criar, organizar e manter juntas comerciais: jurisprudência anterior e inovação da CF 88 na disciplina da competência concorrente. Distrito Federal: competência constitucional: alteração”. (ADI 804-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 27-11-92, *DJ* de 5-2-93).

2.3 – A respeito do inciso IV do art. 24:

“Custas e emolumentos são espécies tributárias, classificando-se como taxas. Precedentes do STF. À União, ao Estado-Membro e ao Distrito Federal é conferida competência para legislar concorrentemente sobre custas dos serviços forenses, restringindo-se a competência da União, no âmbito dessa legislação concorrente, ao estabelecimento de normas gerais, certo que, inexistindo tais normas gerais, os Estados exercerão a

competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades (CF, *art. 24*, IV, §§ 1º e 3º).” (ADI 1.624, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 8-5-03, *DJ* de 13-6-03). No mesmo sentido: ADI 3.260, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-3-07, *DJ* de 29-6-07.

3 – Sobre o inciso V do art. 24:

3.1 – “O Tribunal julgou improcedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio – CNC, contra a Lei 12.420/99, do Estado do Paraná, que assegura ao consumidor o direito de obter informações sobre natureza, procedência e qualidade dos produtos combustíveis comercializados nos postos revendedores situados no mencionado Estado-membro. Entendeu-se que a lei impugnada apenas pretendeu evitar a indução do consumidor a erro na aquisição dos referidos produtos, protegendo-o (CF, art. 170, V), e que o Estado teria competência para promover tal proteção, já que os preceitos que editou retirariam do próprio texto constitucional o fundamento de validade (CF, *art. 24*, V e VIII, § 2º). Por conseguinte, afastou-se a alegação de afronta ao art. 22, I, IV e XII, da CF, uma vez que tais dispositivos contêm normas genéricas que atendem a matérias alheias àquela versada na lei impugnada, ou muito mais amplas. Da mesma forma, não se vislumbrou ofensa aos princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, já que a lei não interferiu diretamente nas relações comerciais entre as distribuidoras e os postos revendedores, prevendo, tão somente, obrigações estritamente relacionadas à proteção e defesa do consumidor, ou seja, ao resguardo do interesse público. Além disso, observou-se que a lei não restringiu nem perturbou a possibilidade de escolha de distribuidora, salientando que, só no caso de os postos exercerem faculdade de filiação a determinada distribuidora, é que emergirá obrigação de exclusividade. Rejeitou-se, de igual modo, a assertiva de violação ao art. 177, §§ 1º e 2º, da CF, haja vista que esses dispositivos versam sobre o monopólio da União com respeito aos derivados de petróleo sob perspectiva totalmente diversa da tratada pela norma em questão. No ponto, ressaltou-se que, nada dispondo acerca dos direitos do consumidor, tais normas cuidam do regime da atividade de exploração e produção de petróleo, sob a forma de monopólio, em razão do interesse público nacional envolvido. Afirmou-se que a mesma coisa verificar-se-ia em relação ao art. 238, da CF, que, tratando da ordenação, por lei, da venda e revenda de combustíveis, prevê, ao final, a observância aos princípios da Constituição Federal”. (ADI 1.980,

Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 16-4-09, *Plenário, Informativo 542*).

3.2 – “Direito constitucional e administrativo. ADI contra Lei Paranaense 13.519, de 8 de abril de 2002, que estabelece obrigatoriedade de informação, conforme especifica, nos rótulos de embalagens de café comercializado no Paraná.(...) Proteção ao consumidor. Ofensa indireta. (...) Não há usurpação de competência da União para legislar sobre direito comercial e comércio interestadual porque o ato normativo impugnado buscou, tão somente, assegurar a proteção ao consumidor. Precedente deste Tribunal (*ADI 1.980*, Rel. Min. Sydney Sanches) no sentido de que não invade esfera de competência da União, para legislar sobre normas gerais, lei paranaense que assegura ao consumidor o direito de obter informações sobre produtos combustíveis. Afronta ao texto constitucional indireta na medida em que se mostra indispensável o exame de conteúdo de outras normas infraconstitucionais, no caso, o Código do Consumidor.(...) Ação julgada parcialmente procedente apenas no ponto em que a lei impugnada estende os seus efeitos a outras unidades da Federação.”(ADI 2.832, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 7-5-08, *DJE* de 20-6-08).

3.3 – “Lei n. 3.706/2006, do Distrito Federal, que dispõe sobre ‘a afixação de tabela relativa a taxas de juros e de rendimentos de aplicações financeiras pelas instituições bancárias e de crédito’. Usurpação da competência privativa da União para fixar normas gerais relativas às relações de consumo” (CF, *art. 24*, V, §1º). (*ADI 3.668*, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-9-07, *DJ* de 19-12-07).

3.4 – “Ação direta. Resolução n. 12.000-001, do Secretário de Segurança do Estado do Piauí. Disciplina do horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais, consumo e assuntos análogos. Inadmissibilidade. Aparência de ofensa aos arts. 30, I, e 24, V e VI, da CF. Usurpação de competências legislativas do Município e da União. Liminar concedida com efeito *ex nunc*. Aparenta inconstitucionalidade a resolução de autoridade estadual que, sob pretexto do exercício do poder de polícia, discipline horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais, matéria de consumo e assuntos análogos.” (ADI 3.731-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 29-8-07, *DJ* de 11-10-07). No mesmo sentido: ADI 3.691, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-8-07, *DJE* de 9-5-08.

3.5 – “Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 5.652, do Estado do Espírito Santo. Comercialização de produtos por meio de vasilhames, recipientes ou embalagens reutilizáveis. Gás liquefeito de petróleo engarrafado (GLP). Diretrizes relativas à requalificação dos botijões. (...) O texto normativo questionado contém diretrizes relativamente ao consumo de produtos acondicionados em recipientes reutilizáveis – matéria em relação à qual o Estado-Membro detém competência legislativa (artigo 24, inciso V, da Constituição do Brasil). Quanto ao gás liquefeito de petróleo (GLP), a lei impugnada determina que o titular da marca estampada em vasilhame, embalagem ou recipiente reutilizável não obstrua a livre circulação do continente (artigo 1º, *caput*). Estabelece que a empresa que reutilizar o vasilhame efetue sua devida identificação através de marca, logotipo, caractere ou símbolo, de forma a esclarecer o consumidor (artigo 2º). A compra de gás da distribuidora ou de seu revendedor é operada concomitantemente à realização de uma troca, operada entre o consumidor e o vendedor de gás. Trocam-se botijões, independentemente de qual seja a marca neles forjada. Dinamismo do mercado do abastecimento de gás liquefeito de petróleo. A lei hostilizada limita-se a promover a defesa do consumidor, dando concreção ao disposto no artigo 170, V, da Constituição do Brasil. O texto normativo estadual dispõe sobre matéria da competência concorrente entre a União, os Estados-Membros e o Distrito Federal”. (ADI 2.359, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 27-9-06, *DJ* de 7-12-06).

3.6 – “Lei 14.861/05, do Estado do Paraná. Informação quanto à presença de organismos geneticamente modificados em alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano e animal. Lei federal 11.105/05 e Decretos 4.680/03 e 5.591/05. Competência legislativa concorrente para dispor sobre produção, consumo e proteção e defesa da saúde. *Art. 24*, V e XII, da Constituição Federal. (...) Ocorrência de substituição – e não suplementação – das regras que cuidam das exigências, procedimentos e penalidades relativos à rotulagem informativa de produtos transgênicos por norma estadual que dispôs sobre o tema de maneira igualmente abrangente. Extrapolação, pelo legislador estadual, da autorização constitucional voltada para o preenchimento de lacunas acaso verificadas na legislação federal. Precedente: *ADI 3.035*, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 14-10-05.” (*ADI 3.645*, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 31-5-06, *DJ* de 1º-9-06).

3.7 – “A competência legislativa concorrente da União para editar normas

gerais referentes à produção e consumo, à proteção do meio ambiente e controle da poluição e à proteção e defesa da saúde. Artigo 24, V, VI e XII e §§ 1º e 2º da Constituição Federal." (ADI 2.396, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 8-5-03, *DJ* de 1º-8-03).

3.8 – "Lacres eletrônicos nos tanques dos postos de combustíveis. Competência concorrente que permite ao Estado regular de forma específica aquilo que a União houver regulado de forma geral." (ADI 2.334, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 24-4-03, *DJ* de 30-5-03).

3.9 – "Lei n. 12.420, de 13-1-1999, do Estado do Paraná, que assegura ao consumidor o direito de obter informações sobre natureza, procedência e qualidade dos produtos combustíveis, comercializados nos postos revendedores situados naquela unidade da federação. (...) Com efeito, a Constituição Federal, no *art. 24*, incisos V e VIII, atribui competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre produção e consumo e responsabilidade por dano ao consumidor." (ADI 1.980-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 4-8-99, *DJ* de 25-2-000).

4 – Sobre a competência concorrente de legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição:

4.1 – "Acontece que esse caso me parece peculiar, e muito peculiar – se o superlativo for admitido eu diria peculiaríssimo –, porque a lei federal faz remissão à Convenção da OIT n. 162, art. 3º, que, por versar tema que no Brasil é tido como de direito fundamental (saúde), tem o *status* de norma supralegal. Estaria, portanto, acima da própria lei federal que dispõe sobre a comercialização, produção, transporte etc., do amianto. (...) De maneira que, retomando o discurso do Ministro Joaquim Barbosa, a norma estadual, no caso, cumpre muito mais que a Constituição Federal nesse plano da proteção à saúde ou de evitar riscos à saúde humana, à saúde da população em geral, dos trabalhadores em particular e do meio ambiente. A legislação estadual está muito mais próxima dos desígnios constitucionais, e, portanto, realiza melhor esse sumo princípio da eficacidade máxima da Constituição em matéria de direitos fundamentais, e muito mais próxima da OIT, também, do que a legislação federal. Então, parece-me um caso muito interessante de contraposição de norma suplementar com a norma geral, levando-nos a reconhecer a superioridade da norma suplementar sobre a norma geral. E, como estamos em sede de cautelar, há dois princípios que

desaconselham o *referendum* à cautelar: o princípio da precaução, que busca evitar riscos ou danos à saúde e ao meio ambiente para gerações presentes; e o princípio da prevenção, que tem a mesma finalidade para gerações futuras. Nesse caso, portanto, o *periculum in mora* é invertido e a plausibilidade do direito também contraindica o *referendum* a cautelar. Senhor Presidente, portanto, pedindo todas as vênias, acompanho a dissidência e também não referendo a cautelar." (ADI 3.937-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, voto do Min. Carlos Britto, julgamento em 4-6-08, *DJE* de 10-10-08).

4.2 – "Ação direta. Resolução n. 12.000-001, do Secretário de Segurança do Estado do Piauí. Disciplina do horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais, consumo e assuntos análogos. Inadmissibilidade. Aparência de ofensa aos arts. 30, I, e 24, V e VI, da CF. Usurpação de competências legislativas do Município e da União. Liminar concedida com efeito *ex nunc*. Aparenta inconstitucionalidade a resolução de autoridade estadual que, sob pretexto do exercício do poder de polícia, discipline horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais, matéria de consumo e assuntos análogos." (ADI 3.731-MC, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 29-8-07, *DJ* de 11-10-07). No mesmo sentido: ADI 3.691, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-8-07, *DJE* de 9-5-08.

4.3 – "Artigos 2º, 4º e 5º da Lei n. 10.164/94, do Estado do Rio Grande do Sul. Pesca artesanal. Inconstitucionalidade formal. A Constituição do Brasil contemplou a técnica da competência legislativa concorrente entre a União, os Estados-membros e o Distrito Federal, cabendo à União estabelecer normas gerais e aos Estados-membros especificá-las. É inconstitucional lei estadual que amplia definição estabelecida por texto federal, em matéria de competência concorrente." (ADI 1.245, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 6-4-05, *DJ* de 26-8-05).

4.4 – "Lei n. 1.315/2004, do Estado de Rondônia, que exige autorização prévia da Assembleia Legislativa para o licenciamento de atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva e potencialmente poluidoras, bem como capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental. Condicionar a aprovação de licenciamento ambiental à prévia autorização da Assembleia Legislativa implica indevida interferência do Poder Legislativo na atuação do Poder Executivo, não autorizada pelo art. 2º da Constituição. Precedente: ADI n. 1.505. Compete à União legislar

sobre normas gerais em matéria de licenciamento ambiental (*art. 24*, VI, da Constituição." (ADI 3.252-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 6-4-05, *DJE* de 24-10-08).

4.5 – "O § 3º do art. 182 da Constituição do Estado de Santa Catarina cria uma exceção à aplicação do inc. IV do § 1º do art. 225 da Carta Federal, que prevê a exigência, na forma da lei, de prévio estudo de impacto ambiental para atividades que sejam potencialmente causadoras de degradação do meio ambiente. Como ressaltei quando da apreciação da medida cautelar, a atividade de florestamento ou reflorestamento, ao contrário do que se poderia supor, não pode deixar de ser tida como eventualmente lesiva ao meio ambiente, quando, por exemplo, implique substituir determinada espécie de flora nativa, com as suas próprias especificidades, por outra, muitas vezes sem nenhuma identidade com o ecossistema local e escolhidas apenas em função de sua utilidade econômica, com ruptura, portanto, do equilíbrio e da diversidade da flora local. Dessa forma, ao excepcionar a exigência de prévio estudo de impacto ambiental nos casos de áreas florestadas ou objeto de reflorestamento, o § 3º do art. 182 da Constituição catarinense viola o previsto na Constituição Federal, que determina a realização de tal estudo para a instalação de qualquer atividade potencialmente causadora de degradação ao meio ambiente. Por outro lado, é certo que, pela lógica sistemática da distribuição de competência legislativa, apenas a lei federal seria apta a excluir hipóteses à incidência do aludido preceito geral, já que se trata de matéria nitidamente inserida no campo de abrangência das normas gerais sobre conservação da natureza e proteção do meio ambiente e, não, de normas complementares, que são da atribuição constitucional dos Estados-membros (*art. 24*, inc. VI, da CF). Não é de ser invocada, igualmente, a competência legislativa plena dos Estados-membros (*art. 24*, § 3º, da CF), quando menos porque não se compreende qual seja a peculiaridade local que se estaria atendendo com a edição de uma regra constitucional com tal conteúdo normativo." (ADI 1.086, voto do Min. Ilmar Galvão, julgamento em 7-6-01, *DJ* de 10-8-01).

4.6 – "Proteção ambiental e controle de poluição. Legislação concorrente: União, Estados, Distrito Federal. CF, *art. 24*, VI e XII." (AI 147.111-*AgR*, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 22-6-93, *DJ* de 13-8-93).

5 – Sobre o inciso VII do art. 24 (proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico):

"O Tribunal julgou improcedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio – CNC, contra a Lei 12.420/99, do Estado do Paraná, que assegura ao consumidor o direito de obter informações sobre natureza, procedência e qualidade dos produtos combustíveis comercializados nos postos revendedores situados no mencionado Estado-membro. Entendeu-se que a lei impugnada apenas pretendeu evitar a indução do consumidor a erro na aquisição dos referidos produtos, protegendo-o (CF, art. 170, V), e que o Estado teria competência para promover tal proteção, já que os preceitos que editou retirariam do próprio texto constitucional o fundamento de validade (CF, *art. 24*, V e VIII, § 2º). Por conseguinte, afastou-se a alegação de afronta ao art. 22, I, IV e XII, da CF, uma vez que tais dispositivos contêm normas genéricas que atendem a matérias alheias àquela versada na lei impugnada, ou muito mais amplas. Da mesma forma, não se vislumbrou ofensa aos princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, já que a lei não interferiu diretamente nas relações comerciais entre as distribuidoras e os postos revendedores, prevendo, tão somente, obrigações estritamente relacionadas à proteção e defesa do consumidor, ou seja, ao resguardo do interesse público. Além disso, observou-se que a lei não restringiu nem perturbou a possibilidade de escolha de distribuidora, salientando que, só no caso de os postos exercerem faculdade de filiação a determinada distribuidora, é que emergirá obrigação de exclusividade. Rejeitou-se, de igual modo, a assertiva de violação ao art. 177, §§ 1º e 2º, da CF, haja vista que esses dispositivos versam sobre o monopólio da União com respeito aos derivados de petróleo sob perspectiva totalmente diversa da tratada pela norma em questão. No ponto, ressaltou-se que, nada dispondo acerca dos direitos do consumidor, tais normas cuidam do regime da atividade de exploração e produção de petróleo, sob a forma de monopólio, em razão do interesse público nacional envolvido. Afirmou-se que a mesma coisa verificar-se-ia em relação ao art. 238, da CF, que, tratando da ordenação, por lei, da venda e revenda de combustíveis, prevê, ao final, a observância aos princípios da Constituição Federal." (ADI 1.980, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 16-4-09, *Plenário*, *Informativo* 542).

6 – O exercício da competência comum sobre a responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 5.652, do Estado do Espírito Santo. Comercialização de produtos por meio de vasilhames, recipientes ou embalagens reutilizáveis. Gás liquefeito de petróleo engarrafado (GLP). Diretrizes relativas à requalificação dos botijões. (...) O texto normativo questionado contém diretrizes relativamente ao consumo de produtos acondicionados em recipientes reutilizáveis – matéria em relação à qual o Estado-Membro detém competência legislativa (artigo 24, inciso V, da Constituição do Brasil). Quanto ao gás liquefeito de petróleo (GLP), a lei impugnada determina que o titular da marca estampada em vasilhame, embalagem ou recipiente reutilizável não obstrua a livre circulação do continente (artigo 1º, *caput*). Estabelece que a empresa que reutilizar o vasilhame efetue sua devida identificação através de marca, logotipo, caractere ou símbolo, de forma a esclarecer o consumidor (artigo 2º). A compra de gás da distribuidora ou de seu revendedor é operada concomitantemente à realização de uma troca, operada entre o consumidor e o vendedor de gás. Trocam-se botijões, independentemente de qual seja a marca neles forjada. Dinamismo do mercado do abastecimento de gás liquefeito de petróleo. A lei hostilizada limita-se a promover a defesa do consumidor, dando concreção ao disposto no artigo 170, V, da Constituição do Brasil. O texto normativo estadual dispõe sobre matéria da competência concorrente entre a União, os Estados-Membros e o Distrito Federal.” (ADI 2.359, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 27-9-06, *DJ* de 7-12-06).

7 – Sobre a competência concorrente de legislar sobre educação, cultura, ensino e desporto:

7.1 – “Discussão acerca do alcance da expressão ‘piso’ (...). Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada contra o art. 2º, *caput* e § 1º da Lei 11.738/2008, que estabelecem que o piso salarial nacional para os profissionais de magistério público da educação básica se refere à jornada de, no máximo, quarenta horas semanais, e corresponde à quantia abaixo da qual os entes federados não poderão fixar o vencimento inicial das carreiras do magistério público da educação básica. Alegada violação da reserva de lei de iniciativa do Chefe do Executivo local para dispor sobre o regime jurídico do servidor público, que se estende a todos os entes federados e aos municípios em razão da regra de simetria (aplicação obrigatória do art. 61, § 1º, II, *c* da Constituição). Suposta contrariedade ao pacto federativo, na medida em que a organização dos sistemas de ensino pertinentes a cada ente federado deve seguir regime de

colaboração, sem imposições postas pela União aos entes federados que não se revelem simples diretrizes (arts. 60, § 4º, I e 211, § 4º da Constituição). (...) Medida cautelar deferida, por maioria, para, até o julgamento final da ação, dar interpretação conforme ao art. 2º da Lei 11.738/2008, no sentido de que a referência ao piso salarial é a remuneração e não, tão somente, o vencimento básico inicial da carreira. (...) Plausibilidade da alegada violação das regras orçamentárias e da proporcionalidade, na medida em que a redução do tempo de interação dos professores com os alunos, de forma planificada, implicaria a necessidade de contratação de novos docentes, de modo a aumentar as despesas de pessoal. Plausibilidade, ainda, da pretensa invasão da competência do ente federado para estabelecer o regime didático local, observadas as diretrizes educacionais estabelecidas pela União." (ADI 4.167-MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 17-12-08, Plenário, *DJE* de 30-4-09).

7.2 – "A exigência de depósito recursal prévio aos recursos do Juizado Especial Cível, criada pelo art. 7º da Lei Estadual (AL) n. 6.816/07, constitui requisito de admissibilidade do recurso, tema próprio de Direito Processual Civil e não de 'procedimentos em matéria processual' (*art. 24*, inciso XI, CF). Medida cautelar deferida para suspender a eficácia do art. 7º, *caput* e respectivos parágrafos, da Lei n. 6.816/07, do Estado de Alagoas." (ADI 4.161-MC, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 29-10-08, Plenário, *DJE* de 17-4-09).

7.3 – "Ação Direta de Inconstitucionalidade. Arts. 81 e 82 do ADCT da Constituição do Estado de Minas Gerais. Instituições de ensino superior criadas pelo Estado e mantidas pela iniciativa privada. Supervisão pedagógica do Conselho Estadual de Educação. Alcance. Ofensa ao artigo 22, XXIV da Constituição Federal. Inconstitucionalidade formal. Emenda Constitucional Estadual 70/2005. Alteração substancial. Não caracterização. Ação Direta julgada procedente. Modulação dos efeitos. (...) O alcance da expressão 'supervisão pedagógica', contida no inciso II do art. 82 do ADCT da Constituição Estadual de Minas Gerais, vai além do mero controle do conteúdo acadêmico dos cursos das instituições superiores privadas mineiras. Na verdade, a aplicação do dispositivo interfere no próprio reconhecimento e credenciamento de cursos superiores de universidades que são, atualmente, em sua integralidade privadas, pois extinto o vínculo com o Estado de Minas Gerais. O simples fato de a instituição de ensino superior ser mantida ou administrada por pessoas

físicas ou jurídicas de direito privado basta à sua caracterização como instituição de ensino privada, e, por conseguinte, sujeita ao Sistema Federal de Ensino. Portanto, as instituições de ensino superior originalmente criadas pelo estado de Minas Gerais, mas dele desvinculadas após a Constituição estadual de 1989, e sendo agora mantidas pela iniciativa privada, não pertencem ao Sistema Estadual de Educação e, consequentemente, não estão subordinadas ao Conselho Estadual de Educação, em especial no que tange à criação, ao credenciamento e descredenciamento, e à autorização para o funcionamento de cursos. Invade a competência da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação a norma estadual que, ainda que de forma indireta, subtrai do Ministério da Educação a competência para autorizar, reconhecer e credenciar cursos em instituições superiores privadas." (ADI 2.501, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 4-9-08, *DJE* de 19-12-08).

7.4 – "Competência concorrente entre a União, que define as normas gerais e os entes estaduais e Distrito Federal, que fixam as especificidades, os modos e meios de cumprir o quanto estabelecido no *art. 24*, inc. IX, da Constituição da República, ou seja, para legislar sobre educação. O art. 22, inc. XXIV, da Constituição da República enfatiza a competência privativa do legislador nacional para definir as diretrizes e bases da educação nacional, deixando as singularidades no âmbito de competência dos Estados e do Distrito Federal." (ADI 3.669, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 18-6-07, *DJ* de 29-6-07).

7.5 – "A lei paranaense 9.346/1990, que faculta a matrícula escolar antecipada de crianças que venham a completar seis anos de idade até o final do ano letivo de matrícula, desde que preenchidos determinados requisitos, cuida de situação excepcional em relação ao que era estabelecido na lei federal sobre o tema à época de sua edição (Lei n. 5.692/1971 revogada pela Lei n. 9.394/1996, esta alterada pela Lei n. 11.274/2006). Atuação do Estado do Paraná no exercício da competência concorrente para legislar sobre educação. Ação direta julgada improcedente." (ADI 682, Rel. p/ o ac. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 8-3-07, *DJ* de 11-5-07).

8 – Sobre o exercício da competência estadual concorrente não cumulativa e competência estadual concorrente cumulativa:

"O art. 24 da CF compreende competência estadual concorrente não cumulativa ou suplementar (art. 24, § 2º) e competência estadual

concorrente cumulativa (*art. 24*, § 3º). Na primeira hipótese, existente a lei federal de normas gerais (*art. 24*, § 1º), poderão os Estados e o DF, no uso da competência suplementar, preencher os vazios da lei federal de normas gerais, a fim de afeiçoá-la às peculiaridades locais (*art. 24*, § 2º); na segunda hipótese, poderão os Estados e o DF, inexistente a lei federal de normas gerais, exercer a competência legislativa plena 'para atender a suas peculiaridades' (*art. 24*, § 3º). Sobrevindo a lei federal de normas gerais, suspende esta a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (*art. 24*, § 4º). A Lei n. 10.860, de 31-8-2001, do Estado de São Paulo foi além da competência estadual concorrente não cumulativa e cumulativa, pelo que afrontou a Constituição Federal, art. 22, XXIV, e *art. 24*, IX, § 2º e § 3º." (*ADI 3.098*, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 24-11-05, *DJ* de 10-3-06).

9 – Sobre os serviços de educação regulados pela competência concorrente:

9.1 – "Lei n. 6.584/94 do Estado da Bahia. Adoção de material escolar e livros didáticos pelos estabelecimentos particulares de ensino. Serviço público. Vício formal. Inexistência. Os serviços de educação, sejam os prestados pelo Estado, sejam os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. Tratando-se de serviço público, incumbe às entidades educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-Membro, no exercício de competência legislativa suplementar (§ 2º do *art. 24* da Constituição do Brasil)." (ADI 1.266, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 6-4-05, *DJ* de 23-9-05).

9.2 – "Lei distrital que dispõe sobre a emissão de certificado de conclusão do curso e que autoriza o fornecimento de histórico escolar para alunos da terceira série do ensino médio que comprovarem aprovação em vestibular para ingresso em curso de nível superior. Lei distrital que usurpa competência legislativa outorgada à União Federal pela Constituição da República. (...) Os Estados-Membros e o Distrito Federal não podem, mediante legislação autônoma, agindo *ultra vires*, transgredir a legislação fundamental ou de princípios que a União Federal fez editar no desempenho legítimo de sua competência constitucional e de cujo exercício deriva o poder de fixar, validamente, diretrizes e bases gerais pertinentes a determinada matéria (educação e ensino, na espécie)." (ADI 2.667-MC,

Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 19-6-02, *DJ* de 12-3-04).

10 – A respeito da competência concorrente para legislar sobre criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas:

"Dada a distinção conceitual entre os juizados especiais e os juizados de pequenas causas (cf. STF, ADI n. 1.127, cautelar, 28-9-94, Brossard) aos primeiros não se aplica o *art. 24*, X, da Constituição, que outorga competência concorrente ao Estado-Membro para legislar sobre o processo perante os últimos. Consequente inconstitucionalidade da lei estadual que, na ausência de lei federal a respeito, outorga competência penal a juizados especiais e lhe demarca o âmbito material." (HC 71.713, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 26-10-94, *DJ* de 23-3-01).

11 – Os procedimentos em matéria processual cuidados pela legislação concorrente:

11.1 – "A exigência de depósito recursal prévio aos recursos do Juizado Especial Cível, criada pelo art. 7º da Lei Estadual (AL) n. 6.816/07, constitui requisito de admissibilidade do recurso, tema próprio de Direito Processual Civil e não de 'procedimentos em matéria processual' (*art. 24*, inciso XI, CF). Medida cautelar deferida para suspender a eficácia do art. 7º, *caput* e respectivos parágrafos, da Lei n. 6.816/07, do Estado de Alagoas." (*ADI 4.161-MC*, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 29-10-08, Plenário, *DJE* de 17-4-09).

11.2 – "O inquérito civil é procedimento pré-processual que se insere na esfera do direito processual civil como procedimento, à semelhança do que sucede com relação ao inquérito policial em face do direito processual penal. Daí, a competência concorrente prevista no artigo 24, XI, da Constituição Federal. A independência funcional a que alude o artigo 127, § 1º, da Constituição Federal é do Ministério Público como instituição, e não dos Conselhos que a integram, em cada um dos quais, evidentemente, a legislação competente pode atribuir funções e competência, delimitando, assim, sua esfera de atuação." (ADI 1.285-MC, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 25-10-95, *DJ* de 23-3-01).

11.3 – "Competência legislativa. Procedimento e processo. Criação de recurso. Juizados Especiais. Descabe confundir a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre procedimentos em matéria processual; artigo 24, inciso XI, com a privativa para legislar sobre direito processual, prevista no artigo 22, inciso I, ambos da Constituição

Federal. Os Estados não têm competência para a criação de recurso, como é o de embargos de divergência contra decisão de turma recursal." (AI 253.518-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 9-5-00, *DJ* de 18-8-00).

12 – A previdência social, a proteção e a defesa da saúde cuidadas pela legislação concorrente:

12.1 – "Acontece que esse caso me parece peculiar, e muito peculiar – se o superlativo for admitido eu diria peculiaríssimo –, porque a lei federal faz remissão à Convenção da OIT n. 162, art. 3º, que, por versar tema que no Brasil é tido como de direito fundamental (saúde), tem o *status* de norma supralegal. Estaria, portanto, acima da própria lei federal que dispõe sobre a comercialização, produção, transporte etc., do amianto. (...) De maneira que, retomando o discurso do Ministro Joaquim Barbosa, a norma estadual, no caso, cumpre muito mais a Constituição Federal nesse plano da proteção à saúde ou de evitar riscos à saúde humana, à saúde da população em geral, dos trabalhadores em particular e do meio ambiente. A legislação estadual está muito mais próxima dos desígnios constitucionais, e, portanto, realiza melhor esse sumo princípio da eficacidade máxima da Constituição em matéria de direitos fundamentais, e muito mais próxima da OIT, também, do que a legislação federal. Então, parece-me um caso muito interessante de contraposição de norma suplementar com a norma geral, levando-nos a reconhecer a superioridade da norma suplementar sobre a norma geral. E, como estamos em sede de cautelar, há dois princípios que desaconselham o *referendum* à cautelar: o princípio da precaução, que busca evitar riscos ou danos à saúde e ao meio ambiente para gerações presentes; e o princípio da prevenção, que tem a mesma finalidade para gerações futuras. Nesse caso, portanto, o *periculum in mora* é invertido e a plausibilidade do direito também contraindica o *referendum* a cautelar. Senhor Presidente, portanto, pedindo todas as vênias, acompanho a dissidência e também não referendo a cautelar." (ADI 3.937-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, voto do Min. Carlos Britto, julgamento em 4-6-08, *DJE* de 10-10-08).

12.2 – "Lei Distrital. Notificação mensal à secretaria de saúde. Casos de câncer de pele. Obrigação imposta a médicos públicos e particulares. admissibilidade. Saúde pública. Matéria inserida no âmbito de competência comum e concorrente do Distrito Federal. Arts. 23, II, e 24, XII, da CF. Responsabilidade civil dos profissionais da saúde. Matéria de competência exclusiva da União. Art. 22, I.(...) Dispositivo de lei distrital que obriga os

médicos públicos e particulares do Distrito Federal a notificarem a Secretaria de Saúde sobre os casos de câncer de pele não é inconstitucional. Matéria inserida no âmbito da competência da União, Estados e Distrito Federal, nos termos do art. 23, II, da Constituição Federal. Exigência que encontra abrigo também no *art. 24*, XII, da Carta Magna, que atribui competência concorrente aos referidos entes federativos para legislar sobre a defesa da saúde. Dispositivo da lei distrital que imputa responsabilidade civil ao médico por falta de notificação caracteriza ofensa ao art. 22, I, da CF, que consigna ser competência exclusiva da União legislar acerca dessa matéria. (...).” (ADI 2.875, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 4-6-08, *DJE* de 20-6-08).

12.3 – “Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 10.964/2001, do Estado de São Paulo. Realização de exames de sangue em funcionários de empresas públicas do Estado de São Paulo. Vício de iniciativa. Competência legislativa. Norma que disciplina acompanhamento preventivo de saúde aplicável exclusivamente a parte do funcionalismo público estadual. Iniciativa parlamentar. Ofensa ao disposto no art. 61, §1º, *c*, da Constituição Federal de 1988.” (ADI 3.403, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 18-6-07, *DJ* de 24-8-07).

12.4 – “A matéria da disposição discutida é previdenciária e, por sua natureza, comporta norma geral de âmbito nacional de validade, que à União se facultava editar, sem prejuízo da legislação estadual suplementar ou plena, na falta de lei federal (CF 88, arts. 24, XII, e 40, § 2º): se já o podia ter feito a lei federal, com base nos preceitos recordados do texto constitucional originário, obviamente não afeta ou, menos ainda, tende a abolir a autonomia dos Estados-membros que assim agora tenha prescrito diretamente a norma constitucional sobrevinda.” (ADI 2.024, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 3-5-07, *DJ* de 22-6-07).

12.5 – “A competência dos Estados para legislar sobre a proteção e defesa da saúde é concorrente à União e, nesse âmbito, a União deve limitar-se a editar normas gerais, conforme o artigo 24, XII, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. Não usurpa competência da União lei estadual que dispõe sobre o beneficiamento de leite de cabra em condições artesanais.” (ADI 1.278, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 16-5-07, *DJ* de 1º-6-07).

12.6 – “Lei 14.861/05, do Estado do Paraná. Informação quanto à presença de organismos geneticamente modificados em alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano e animal. Lei

federal 11.105/05 e Decretos 4.680/03 e 5.591/05. Competência legislativa concorrente para dispor sobre produção, consumo e proteção e defesa da saúde. *Art. 24*, V e XII, da Constituição Federal. (...) Ocorrência de substituição – e não suplementação – das regras que cuidam das exigências, procedimentos e penalidades relativos à rotulagem informativa de produtos transgênicos por norma estadual que dispôs sobre o tema de maneira igualmente abrangente. Extrapolação, pelo legislador estadual, da autorização constitucional voltada para o preenchimento de lacunas acaso verificadas na legislação federal. Precedente: ADI 3.035, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 14-10-05." (ADI 3.645, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 31-5-06, *DJ* de 1º-9-06).

12.7 – "A lei em comento foi editada no exercício da competência supletiva conferida no parágrafo único do artigo 8º da CF/69 para os Estados legislarem sobre a proteção à saúde. Atribuição que permanece dividida entre Estados, Distrito Federal e a União (*art. 24*, XII da CF/88). Os produtos em tela, além de potencialmente prejudiciais à saúde humana, podem causar lesão ao meio ambiente. O Estado do Rio Grande do Sul, portanto, ao fiscalizar a sua comercialização, também desempenha competência outorgada nos artigos 23, VI e 24, VI da Constituição atual" (RE 286.789, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 8-3-05, *DJ* de 8-4-05).

13 – A competência concorrente, a assistência jurídica e a Defensoria Pública:

"Organização da Defensoria Pública nos Estados-membros – Estabelecimento, pela União Federal, mediante lei complementar nacional, de requisitos mínimos para investidura nos cargos de Defensor Público Geral, de seu substituto e do Corregedor-Geral da Defensoria Pública dos Estados-membros – Normas gerais, que, editadas pela União Federal, no exercício de competência concorrente, não podem ser desrespeitadas pelo Estado-membro" (*ADI 2.903*, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-12-05, *DJE* de 19-9-08).

14 – A proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência reguladas pela competência concorrente:

14.1 – "O legislador constituinte, atento à necessidade de resguardar os direitos e os interesses das pessoas portadoras de deficiência, assegurando-lhes a melhoria de sua condição individual, social e econômica – na linha inaugurada, no regime anterior, pela EC n. 12/78 –, criou mecanismos

compensatórios destinados a ensejar a superação das desvantagens decorrentes dessas limitações de ordem pessoal. A Constituição Federal, ao instituir um sistema de condomínio legislativo nas matérias taxativamente indicadas no seu *art. 24* – dentre as quais avulta, por sua importância, aquela concernente à proteção e à integração social das pessoas portadoras de deficiência (*art. 24*, XIV) –, deferiu ao Estado-membro, em 'inexistindo lei federal sobre normas gerais', a possibilidade de exercer a competência legislativa plena, desde que 'para atender a suas peculiaridades' (*art. 24*, § 3º). A questão da lacuna normativa preenchível. Uma vez reconhecida a competência legislativa concorrente entre a União, os Estados-membros e o Distrito Federal em temas afetos às pessoas portadoras de deficiência, e enquanto não sobrevier a legislação de caráter nacional, é de admitir a existência de um espaço aberto à livre atuação normativa do Estado-membro, do que decorre a legitimidade do exercício, por essa unidade federada, da faculdade jurídica que lhe outorga o *art. 24*, § 3º, da Carta Política" (ADI 903-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-10-93, *DJ* de 24-10-97).

14. 2 – "Isenção fiscal beneficiando o restrito universo dos portadores de deficiência física: prejuízo que não seria irreparável, quer por seu vulto, quer pela impossibilidade de futura recuperação" (ADI 429-MC, Rel. Min. Célio Borja, julgamento em 4-4-91, *DJ* de 19-2-93).

15 – A proteção e a organização das garantias, direitos e deveres das polícias civis, tratadas pela competência concorrente de legislar:

"Acórdão que considerou os recorridos, servidores da polícia civil, aprovados em concurso para progressão, por acesso, ao cargo de delegado de polícia, não obstante não houvessem alcançado o mínimo de 50 pontos previsto no edital, que regulou o certame. Alegação de ofensa aos artigos 32, § 1º, e 24, XVI, da Constituição. (...) Competência reconhecida ao Distrito Federal para o mister, na forma prevista no *art. 24*, XVI, da Constituição Federal, norma que, no caso, se tem por ofendida pelo acórdão impugnado" (RE 154.136, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 17-12-96, *DJ* de 25-4-97)".

Há outras decisões do Supremo Tribunal Federal interpretando e aplicando as disposições constitucionais ditadas para o exercício da competência concorrente pela União, Estados e Distrito Federal.

10. A organização dos Estados Federados na Constituição Federal de 1988 (arts. 25 a 28)

Os artigos 25 a 28 da Constituição Federal cuidam da organização dos Estados Federados. Os comandos constitucionais instituídos para tal fim são:

– Os Estados devem se organizar de acordo com a Constituição que for promulgada e leis que instituírem, desde que observem os princípios adotados pela Constituição Federal.

– Os Estados podem exercer as competências que não lhes sejam expressamente vedadas pela Carta Magna.

– Os serviços locais de gás canalizado devem ser explorados pelos Estados, de modo direto ou por meio de concessão, na forma da lei que instituírem, vedada a expedição de medida provisória para a sua regulamentação.

– A Constituição faculta aos Estados, desde que adotem lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

– São bens pertencentes aos Estados as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União; as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros; as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União; e as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

– O Poder Legislativo do Estado é constituído por Deputados eleitos, com mandato de quatro anos, em um total correspondente ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze.

– As regras da Constituição Federal sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimento e incorporação às Forças Armadas, de modo horizontal, serão aplicadas aos Deputados Estaduais.

– Os Deputados Estaduais recebem subsídios fixados por lei de iniciativa da Assembleia Legislativa, não podendo ultrapassar a setenta e cinco por cento do que for estabelecido para os Deputados Federais, observando, ainda, os limites e benefícios previstos pelos arts. 39, § 4º, 57, § 7º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

– As Assembleias Legislativas têm competência para elaboração de seus regimentos internos, de regulamentar a sua polícia e os seus serviços administrativos e provimento dos seus respectivos cargos.

– O processo legislativo estadual por iniciativa popular é permitido, de acordo com as condições fixadas por lei.

– O Governador e o Vice-Governador serão eleitos para mandato de quatro anos.

– As eleições para Governador e Vice-Governador serão realizadas no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato de seus antecessores, com posse no dia primeiro de janeiro.

– O Governador perderá o mandato se assumir outro cargo ou função na administração pública direta ou indireta, com exceção da posse em virtude de concurso público e observado o disposto no art. 38, I, IV e V da CF.

– Os subsídios do Governador, do Vice-Governador e dos Secretários de Estado serão fixados por lei de iniciativa da Assembleia Legislativa, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II,153, III, e 153, § 2º, da CF.

Os pressupostos fixados pela Constituição Federal para a organização dos Estados Federados asseguram a sua autonomia que apresenta-se caracterizada por três fatores: a tríplice capacidade de auto-organização e normatização própria, autogoverno e autoadministração, conforme ensinamentos de Alexandre de Moraes[7].

As Constituições dos Estados podem dispor sobre:

o processamento e julgamento dos Governadores pelo Superior Tribunal de Justiça por crimes cometidos, se houver autorização da Assembleia Legislativa;

a competência dos seus Tribunais;

a competência originária do Tribunal de Justiça para processar e julgar crimes comuns ou de responsabilidade cometidos por determinados agentes públicos, exceto quanto à competência do Tribunal do Júri;

a possibilidade de intervir nos Municípios segundo os parâmetros do art. 35 da Constituição Federal, sem ferir o princípio de ser garantida a administração democrática do referido ente federativo.

Os Estados Federados têm o poder de auto-organização, de acordo com as disposições fixadas pelo seu Poder Constituinte. Este, contudo, diferentemente do Poder Constituinte Federal, não tem poderes ilimitados, por atuar com competência como sendo de revisão, derivada, haja vista que a sua força está vinculada ao posto na Constituição Federal, que é a sua fonte de legitimidade, conforme sugere Paulo Gustavo Gonet Branco[8]. Este mesmo autor, na obra citada, p. 811, relembra posição doutrinária no sentido de que "As normas de conteúdo a que o poder constituinte estadual está sujeito podem ser classificadas no grupo dos princípios constitucionais sensíveis e dos princípios constitucionais estabelecidos, estes compreendendo as demais disposições da Constituição Federal, que se estendem à observância dos Estados-membros".

11. A regulação constitucional dos Municípios como entes integrantes da República Federativa do Brasil (arts. 29 a 31 da CF)

Os Municípios brasileiros têm a sua organização político-administrativa regulamentada pelos arts. 29 a 31 da Constituição Federal. Os princípios e regras a eles aplicados são:

1 – Os Municípios são considerados como entes integrantes da República Federativa do Brasil.

2 – A Constituição Federal garante a sua plena autonomia.

3 – Os Municípios são regidos por leis orgânicas municipais, votadas em dois turnos, com o interstício de 10 dias, e aprovadas por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que as promulgará.

4 – O Poder Executivo dos Municípios será exercido por Prefeitos e Vice-Prefeitos eleitos para mandato de quatro anos, com direito à reeleição, mediante pleito direto e simultâneo realizado em todo o País, no primeiro domingo de outubro do ano anterior ao término do mandato dos que devam suceder, aplicadas as regras do art. 77 (eleições em dois turnos) no caso de

Municípios com mais de duzentos mil eleitores.

5 – O falecimento do candidato eleito para o cargo de prefeito, ainda que antes da expedição do diploma, transfere ao vice-prefeito eleito o direito subjetivo ao mandato como titular.

6 – O número de Vereadores é fixado de modo proporcional à população do Município, observados os limites fixados no inciso IV do art. 29.

Nota de atualização: Elaboramos o texto deste artigo antes da promulgação e publicação da Emenda Constitucional n. 58, de 23-9-2009, publicada no *DOU* de 24-9-2009, que recompôs quantitativamente as Câmaras Municipais, dispondo, com nova redação dada a incisos do art. 29, o seguinte: "Art. 1º (...)

Art. 29. (...)

IV – para a composição das Câmaras Municipais, será observado o limite máximo de:

a) 9 (nove) Vereadores, nos Municípios de até 15.000 (quinze mil) habitantes;

b) 11 (onze) Vereadores, nos Municípios de mais de 15.000 (quinze mil) habitantes e de até 30.000 (trinta mil) habitantes;

c) 13 (treze) Vereadores, nos Municípios com mais de 30.000 (trinta mil) habitantes e de até 50.000 (cinquenta mil) habitantes;

d) 15 (quinze) Vereadores, nos Municípios de mais de 50.000 (cinquenta mil) habitantes e de até 80.000 (oitenta mil) habitantes;

e) 17 (dezessete) Vereadores, nos Municípios de mais de 80.000 (oitenta mil) habitantes e de até 120.000 (cento e vinte mil) habitantes;

f) 19 (dezenove) Vereadores, nos Municípios de mais de 120.000 (cento e vinte mil) habitantes e de até 160.000 (cento sessenta mil) habitantes;

g) 21 (vinte e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 160.000 (cento e sessenta mil) habitantes e de até 300.000 (trezentos mil) habitantes;

h) 23 (vinte e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 300.000 (trezentos mil) habitantes e de até 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes;

i) 25 (vinte e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes e de até 600.000 (seiscentos mil) habitantes;

j) 27 (vinte e sete) Vereadores, nos Municípios de mais de 600.000

(seiscentos mil) habitantes e de até 750.000 (setecentos cinquenta mil) habitantes;

k) 29 (vinte e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 750.000 (setecentos e cinquenta mil) habitantes e de até 900.000 (novecentos mil) habitantes;

l) 31 (trinta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 900.000 (novecentos mil) habitantes e de até 1.050.000 (um milhão e cinquenta mil) habitantes;

m) 33 (trinta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.050.000 (um milhão e cinquenta mil) habitantes e de até 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) habitantes;

n) 35 (trinta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) habitantes e de até 1.350.000 (um milhão e trezentos e cinquenta mil) habitantes;

o) 37 (trinta e sete) Vereadores, nos Municípios de 1.350.000 (um milhão e trezentos e cinquenta mil) habitantes e de até 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) habitantes;

p) 39 (trinta e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) habitantes e de até 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil) habitantes;

q) 41 (quarenta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil) habitantes e de até 2.400.000 (dois milhões e quatrocentos mil) habitantes;

r) 43 (quarenta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 2.400.000 (dois milhões e quatrocentos mil) habitantes e de até 3.000.000 (três milhões) de habitantes;

s) 45 (quarenta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 3.000.000 (três milhões) de habitantes e de até 4.000.000 (quatro milhões) de habitantes;

t) 47 (quarenta e sete) Vereadores, nos Municípios de mais de 4.000.000 (quatro milhões) de habitantes e de até 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes;

u) 49 (quarenta e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes e de até 6.000.000 (seis milhões) de habitantes;

v) 51 (cinquenta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 6.000.000

(seis milhões) de habitantes e de até 7.000.000 (sete milhões) de habitantes;

w) 53 (cinquenta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 7.000.000 (sete milhões) de habitantes e de até 8.000.000 (oito milhões) de habitantes; e

x) 55 (cinquenta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 8.000.000 (oito milhões) de habitantes; (...)’”.

Alterada foi, também, pela referida emenda, a redação do art. 29-A, que, atualmente, dispõe:

“‘Art. 29-A. (...)

I – 7% (sete por cento) para Municípios com população de até 100.000 (cem mil) habitantes;

II – 6% (seis por cento) para Municípios com população entre 100.000 (cem mil) e 300.000 (trezentos mil) habitantes;

III – 5% (cinco por cento) para Municípios com população entre 300.001 (trezentos mil e um) e 500.000 (quinhentos mil) habitantes;

IV – 4,5% (quatro inteiros e cinco décimos por cento) para Municípios com população entre 500.001 (quinhentos mil e um) e 3.000.000 (três milhões) de habitantes;

V – 4% (quatro por cento) para Municípios com população entre 3.000.001 (três milhões e um) e 8.000.000 (oito milhões) de habitantes;

VI – 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento) para Municípios com população acima de 8.000.001 (oito milhões e um) habitantes.

(NR)’”

É de registrar que a mencionada Emenda Constitucional determinou, em seu art. 3º, que entraria em vigor na data de sua promulgação, produzindo efeitos:

I – o disposto no art. 1º, a partir do processo eleitoral de 2008, isto é, a nova redação dada ao inciso IV do art. 29; e

II – o disposto no art. 2º, a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da promulgação desta Emenda, isto é, a nova redação dada ao art. 29-A.

O Ministério Público e a Ordem dos Advogados do Brasil taxaram de inconstitucional o inciso I do art. 3º, tendo o Supremo Tribunal Federal, pelo seu Pleno, por maioria de votos, concedido liminar suspendendo os efeitos do referido dispositivo, conforme julgado proferido na ADIN 4307-7, conforme acórdão assim ementado:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Emenda constitucional n. 58/2009. Alteração na composição dos limites máximos das câmaras municipais. Art. 29, inc. IV, da Constituição da República. Retroação de efeitos à eleição de 2008 (Art. 3º, inc. I). Posse de vereadores. Vedada aplicação da regra à eleição que ocorra até um ano após o início de sua vigência: Art. 16 da Constituição da República. Medida cautelar referendada, com efeitos ‘ex tunc’, para sustar os efeitos do inciso I do art. 3º da Emenda Constitucional n. 58, de 23.9.2009, até o julgamento de mérito da presente ação. 1. Cabimento de ação direta de inconstitucionalidade para questionar norma constante de Emenda Constitucional. Precedentes. 2. Norma que determina a retroação dos efeitos das regras constitucionais de composição das Câmaras Municipais em pleito ocorrido e encerrado afronta a garantia do pleno exercício da cidadania popular (arts. 1º, parágrafo único e 14 da Constituição) e o princípio da segurança jurídica. 3. Os eleitos pelos cidadãos foram diplomados pela justiça eleitoral até 18.12.2009 e tomaram posse em 2009. Posse de suplentes para legislatura em curso, em relação a eleição finda e acabada, descumpre o princípio democrático da soberania popular. 4. Impossibilidade de compatibilizar a posse do suplente não eleito pelo sufrágio secreto e universal: ato que caracteriza verdadeira nomeação e não eleição. O voto é instrumento da democracia construída pelo cidadão: impossibilidade de afronta a essa expressão da liberdade de manifestação. 5. A aplicação da regra questionada importaria vereadores com mandatos diferentes o que afrontaria o processo político juridicamente perfeito. 6. Medida cautelar concedida referendada”.

Na oportunidade, apresentamos, em parecer que nos foi solicitado, posicionamento contrário ao entendimento posto pelo Colendo Supremo Tribunal Federal.

7 – O subsídio do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais será fixado por lei de iniciativa da Câmara Municipal, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I, da CF.

8 – A Constituição Federal de 1988 não autoriza a fixação por lei estadual de subsídio mensal e vitalício a ex-Prefeito.

9 – O subsídio dos Vereadores será fixado pelas respectivas Câmaras Municipais em cada legislatura para a subsequente, seguindo-se os parâmetros da Constituição Federal e os critérios estabelecidos na respectiva Lei Orgânica e nos limites máximos fixados pelas letras *a* e *f* do inciso VI, do art. 29.

10 – O total da despesa com a remuneração dos Vereadores não poderá ultrapassar o montante de cinco por cento da receita do Município.

11 – Os Vereadores têm a garantia de inviolabilidade por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município.

12 – Não há obstáculo quanto a que a Constituição Estadual contenha previsão de foro privilegiado para o processo e julgamento dos vereadores quando cometerem crimes comuns.

13 – Aos vereadores são aplicadas as mesmas proibições e incompatibilidades, no exercício da vereança, no que couber, aos membros do Congresso Nacional e aos membros da Assembleia Legislativa, conforme disposto na Constituição do respectivo Estado.

14 – A garantia do foro privilegiado para o Prefeito perante o Tribunal de Justiça não alcança as ações de improbidade administrativa.

15 – É da competência da Justiça Federal de segundo grau o julgamento dos crimes praticados por prefeitos em detrimento de bens, serviços ou interesses da União.

16 – É da competência dos Tribunais Regionais Eleitorais o processamento e julgamento dos Prefeitos Municipais pela prática de crimes eleitorais.

17 – Os Prefeitos Municipais responderão por crime de responsabilidade quando efetuarem repasse que supere os limites definidos no art. 29-A da Constituição Federal; quando não enviarem o repasse até o dia vinte de cada mês à Câmara de Vereadores, ou quando enviá-lo a menor em relação à proporção fixada na Lei Orçamentária.

18 – O total da despesa do Poder Legislativo Municipal, incluídos os subsídios dos Vereadores e excluídos os gastos com inativos, não poderá ultrapassar os percentuais fixados pela Constituição Federal.

19 – Aos Municípios compete: I – Legislar sobre assuntos de interesse local; II – Suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; III – Instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; IV – Criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual; V – Organizar e prestar, diretamente, sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; VI – Manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado,

programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental; VII – Prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população; VIII – Promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; IX – Promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

20 – Adotar, para fins de desenvolver a política de desenvolvimento urbano do Município, as exigências do art. 182 da CF, a saber: “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem- estar de seus habitantes. § 1º – O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. § 2º – A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. § 3º – As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. § 4º – É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I – Parcelamento ou edificação compulsórios; II – Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III – Desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais”.

21 – Adoção de sistema de fiscalização das contas públicas exercido pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

22 – Exercício do controle externo da Câmara Municipal com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou órgãos equivalentes.

23 – Prevalência do parecer prévio emitido pelo órgão competente quando as contas do Prefeito não forem aprovadas por dois terços dos membros da Câmara Municipal.

24 – A Lei Orgânica dos Municípios funciona como uma espécie de Constituição Municipal.

25 – O Poder Legislativo Municipal exerce função legislativa, função meramente deliberativa, função fiscalizadora e função julgadora.

De acordo com tudo quanto exposto, abrimos espaço para a afirmação de que a autonomia municipal está assentada em quatro capacidades, a saber:

I – Capacidade de auto-organização (autonomia política);

II – Capacidade de autogoverno (autonomia política);

III – Capacidade normativa própria (autonomia normativa);

IV – Capacidade de autoadministração (autonomia administrativa).

O Supremo Tribunal Federal tem firmado jurisprudência sobre os dispositivos constitucionais dirigidos à organização político-administrativa dos Municípios no sentido de que:

– É da obrigação dos Municípios, de acordo com o art. 30 da CF, o encargo de transportar da zona rural à sede do Município mais próximo, alunos carentes matriculados a partir da 5ª série do ensino fundamental (ADI 307, voto do Min. Eros Grau, julgamento em 13-2-08, *DJE* de 20-6-08).

– "É competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial" (Súmula n. 645 do STF).

– Compete aos Municípios, com apoio no art. 30, I, da CF, impedir, mediante decreto, o embarque ou desembarque de passageiros das linhas intermunicipais fora de terminais (*ADI 2.349*/ES).

– O Município tem competência, em face do poder autônomo que lhe confere a Constituição Federal, para exigir, mediante lei formal, que os estabelecimentos bancários instalem sanitários e bebedouros para servirem aos seus clientes. Interpretação do art. 30, I, da CF (AI 614.510-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento de 13-3-07, *DJ* de 22-6-07).

– É da competência dos Municípios a fixação de tempo razoável de espera dos usuários dos serviços de cartórios (RE 397.094, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 29-8-06, *DJ* de 27-10-06).

– "Os Municípios são competentes para legislar sobre questões que digam respeito a edificações ou construções realizadas no seu território, assim como sobre assuntos relacionados à exigência de equipamentos de segurança, em imóveis destinados a atendimento ao público" (AI 491.420-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 21-2-06, *DJ* de 24-3-06).

– “Competência do Município para proibir o estacionamento de veículos sobre calçadas, meios-fios, passeios, canteiros e áreas ajardinadas, impondo multas aos infratores. Lei n. 10.328/87, do Município de São Paulo, SP. Exercício de competência própria – CF/67, art. 15, II, CF/88, art. 30, I – que reflete exercício do poder de polícia do Município” (RE 191.363-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 3-11-98, *DJ* de 11-12-98).

– Os Estados-membros não podem impor aos Municípios a destinação de recursos e rendas que a estes pertencem por direito próprio (ADI 2.355-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 19-6-07, *DJ* de 29-6-07).

– A Constituição Estadual ao garantir o direito a “meia passagem” aos estudantes, nos transportes coletivos municipais, avança sobre a competência legislativa local (ADI 845, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 22-11-07, *DJE* de 7-3-08).

– “Os serviços funerários constituem serviços municipais, dado que dizem respeito com necessidades imediatas do Município. CF, art. 30, V” (ADI 1.221, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 9-10-03, *DJ* de 31-10-03).

– “A criação, a organização e a supressão de distritos, da competência dos Municípios, faz-se com observância da legislação estadual (CF, art. 30, IV). Também a competência municipal, para promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano – CF, art. 30, VIII – por relacionar-se com o direito urbanístico, está sujeita a normas federais e estaduais (CF, art. 24, I). As normas das entidades políticas diversas – União e Estado-Membro – deverão, entretanto, ser gerais, em forma de diretrizes, sob pena de tornarem inócua a competência municipal, que constitui exercício de sua autonomia constitucional” (ADI 478, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 8-12-96, *DJ* de 28-2-97).

12. O Distrito Federal e os Territórios na Constituição Federal de 1988 (arts. 32 e 33)

O Distrito Federal, ente integrante da República Federativa do Brasil, tem a sua organização político-administrativa regulada pelo art. 32 da Constituição Federal, de onde destacamos as imposições seguintes:

não lhe é permitido dividir-se em Municípios;

reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal.

Ostenta as mesmas competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios.

Elege o seu Governador, o seu Vice-Governador e os Deputados Distritais na mesma data em que ocorrem as eleições para Governadores e Deputados Estaduais, com mandato de igual duração.

O Governador e o Vice-Governador são eleitos de acordo com as regras do art. 77 da Constituição Federal (Art. 77. A eleição do Presidente e do Vice-Presidente da República realizar-se-á, simultaneamente, no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente. § 1º – A eleição do Presidente da República importará a do Vice-Presidente com ele registrado. § 2º – Será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos. § 3º – Se nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, far-se-á nova eleição em até vinte dias após a proclamação do resultado, concorrendo os dois candidatos mais votados e considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos. § 4º – Se, antes de realizado o segundo turno, ocorrer morte, desistência ou impedimento legal de candidato, convocar-se-á, dentre os remanescentes, o de maior votação. § 5º – Se, na hipótese dos parágrafos anteriores, remanescer, em segundo lugar, mais de um candidato com a mesma votação, qualificar-se-á o mais idoso).

Os Deputados Distritais estão sujeitos ao disposto no art. 27 da CF (Art. 27. O número de Deputados à Assembleia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze. § 1º – Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas. § 2º – O subsídio dos Deputados Estaduais será fixado por lei de iniciativa da Assembleia Legislativa, na razão de, no máximo, setenta e cinco por cento daquele estabelecido, em espécie, para os Deputados Federais, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º, 57, § 7º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. § 3º –

Compete às Assembleias Legislativas dispor sobre seu regimento interno, polícia e serviços administrativos de sua secretaria, e prover os respectivos cargos. § 4º – A lei disporá sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual. § 5º – Aos Deputados Distritais e à Câmara Legislativa aplica-se o disposto no art. 27. § 6º – Lei federal disporá sobre a utilização, pelo Governo do Distrito Federal, das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar).

A organização administrativa e judiciária dos Territórios será disposta em lei que poderá dividi-los em Municípios. Estes serão regidos, no que couber, pelas regras constitucionais dispostas no Capítulo IV do Títuto III da Constituição Federal.

Cabe ao Congresso Nacional apreciar as contas do Governo do Território, com parecer prévio do Tribunal de Contas da União. Os Territórios serão administrados por um Governador nomeado pelo Presidente da República e contarão com órgãos judiciários de primeira e segunda instância, além do Ministério Público e defensores públicos federais.

A competência deliberativa da Câmara Territorial, cujos integrantes serão eleitos conforme for disposto na lei que organizará o Território, será a fixada pelo normativo previsto no *caput* do art. 33.

O Território, conforme está posto na Constituição Federal, não é ente da federação. A sua característica fundamental é de ser integrante da União, uma mera descentralização administrativo-territorial com personalidade jurídica própria, porém, sem autonomia política.

De acordo com o art. 18, § 2º, da CF, Lei complementar regulará a sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem. De acordo com o art. 15 do ADCT, da CF de 1988, deixaram de existir territórios no Brasil. Os últimos foram: Roraima, Amapá e Fernando de Noronha.

13. Da intervenção nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios (arts. 34 a 36 da CF)

A intervenção da União nos entes federativos (Estados e Distrito Federal) é conceituada como sendo um processo capaz de quebrar, de modo excepcional e temporário, a autonomia dos Estados ou do Distrito Federal,

em razão de descumprimento do que dispõe o art. 34 e incisos da Constituição Federal.

As hipóteses de intervenção federal estão, exaustivamente, fixadas nos incisos do art. 34 da Constituição Federal, a saber:

– Para manter a integridade nacional (art. 34, I da CF).

– Para repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra (art. 34, II da CF).

– Para pôr termo a grave comprometimento da ordem pública (art. 34, III da CF).

– Para garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação (art. 34, IV da CF).

– Para reorganizar as finanças da unidade da Federação que (art. 34, V da CF): Suspender o pagamento da dívida fundada por mais de 2 anos consecutivos, salvo motivo de força maior. Deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei.

– Para prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial (art. 34, VI da CF).

– Para assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais (art. 34, VII da CF): – Forma republicana, sistema representativo e regime democrático (art. 34, VII, *a* da CF). – Direitos da pessoa humana (art. 34, VII, *b* da CF). – Autonomia municipal (art. 34, VII, *c* da CF). – Prestação de contas da administração pública, direta e indireta (art. 34, VII, *d* da CF). – 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 (art. 34, VII, *e* da CF).

A doutrina entende que o ordenamento jurídico constitucional brasileiro compreende as seguintes espécies de intervenção:

– Intervenção espontânea: O Presidente da República decreta a intervenção federal de ofício para: a) Defesa da unidade nacional (art. 34, I e II da CF). b) Defesa da ordem pública (art. 34, III da CF) e c) Defesa das finanças públicas (art. 34, V da CF).

– Intervenção provocada: O Presidente da República depende da provocação de terceiros para decretar a intervenção federal. Esse tipo pode ser subdividido em: a) Intervenção provocada por solicitação para a defesa

dos Poderes Executivo ou Legislativo locais. No caso de coação recaída sobre o Poder Legislativo ou Executivo, a decretação da intervenção federal pelo Presidente da República dependerá de solicitação do Poder Legislativo ou Executivo coacto ou impedido (art. 34, IV e art. 36, I, 1ª parte da CF). b) Intervenção provocada por requisição do STF, em se tratando de coação sobre o Poder Judiciário, impedindo seu livre exercício nas unidades da federação (art. 34, IV e art. 36, II, 2ª parte da CF), ou, por requisição do STF, STJ ou TSE, quando tratar-se de desobediência à ordem ou decisão judicial (art. 34, VI da CF). Admite, ainda, a Constituição Federal que o Supremo Tribunal Federal requisite intervenção nos Estados nas hipóteses de descumprimento de suas próprias decisões como também nas hipóteses de descumprimento de decisões da Justiça Federal, Estadual, do Trabalho ou da Justiça Militar.

– Intervenção provocada por provimento de representação. Ocorre quando há provimento do STF de representação do PGR, por reconhecimento de prática de ofensa aos princípios constitucionais sensíveis e no caso de recusa à execução de lei federal (art. 36, III da CF). A iniciativa do Procurador-Geral da República nada mais é do que a legitimação para a propositura da Ação de executoriedade de lei federal e Ação de inconstitucionalidade interventiva.

O Decreto de Intervenção é da competência exclusiva do Presidente da República, conforme previsão do art. 84, X, da Constituição Federal, sendo que, em se tratando de intervenção espontânea, deve ser ouvido, previamente, o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, conforme estabelece o art. 90, I e II da Carta Magna.

O decreto de intervenção para ter validade, eficácia e efetividade deve especificar a sua amplitude, o prazo, as condições de execução e, se for possível, a nomeação do interventor, afastando as autoridades envolvidas.

Dispõe o art. 36, § 4º da Constituição Federal que, cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal.

O decreto de intervenção está submetido ao controle político do Congresso Nacional. O art. 36, § 1º da Constituição Federal determina, para o exercício desse controle político, que o decreto de intervenção deve ser submetido, no prazo de 24 horas, ao Congresso Nacional que, ao apreciá-lo, resolverá pela sua confirmação ou não (art. 49, IV da CF). Se o Congresso

Nacional encontrar-se em recesso, será convocado extraordinariamente no prazo de 24 horas, conforme determina o art. 36, § 2º da CF.

No caso de ser rejeitado o decreto de intervenção federal, o Presidente da República fará cessá-la de imediato, sob pena de cometimento de crime de responsabilidade, conforme previsão do art. 85, II da Constituição Federal.

Os Estados podem intervir nos Municípios, quebrando, de modo excepcional e temporário, a sua autonomia. A intervenção dos Estados nos Municípios pode ser decretada por descumprimento das regras descritas no art. 35 da Constituição Federal. Em razão da determinação desse dispositivo, as hipóteses de intervenção estadual nos Municípios são: a) Deixar de ser paga, pelo Município, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada (art. 35, I da CF). b) Não prestar o Município as contas devidas, na forma da lei (art. 35, II da CF). c) Não aplicar o Município o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (art. 35, III da CF). d) No caso de o Tribunal de Justiça emprestar provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial (art. 35, IV da CF).

O decreto de intervenção será expedido e executado pelo Governador do Estado, limitando-se a suspender o ato que lhe deu causa. O referido normativo deverá especificar a amplitude, o prazo, as condições de execução e, se couber, nomeará o interventor, afastando as autoridades envolvidas. Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal (art. 36, § 4º da CF).

O decreto de intervenção expedido pelo Governador do Estado não está dispensado do controle político. Deverá, para que exista, tenha validade, eficácia e efetividade, ser submetido à Assembleia Legislativa no prazo de 24 horas (art. 36, § 1º da CF). Se a Casa Legislativa estiver em recesso, far-se-á convocação extraordinária neste mesmo prazo (art. 36, § 2º da CF).

1 Parecerista. Consultor. Advogado. Magistrado durante 43 anos. Especialista em Direito Civil. Ministro Aposentado do STJ. Ex-Ministro do Tribunal Superior Eleitoral. Doutor *Honoris Causa* pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte e pela Universidade Potiguar do RN. Acadêmico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Acadêmico da Academia Brasileira de Direito Tributário. Acadêmico da Academia de Direito Tributário das Américas. Acadêmico da Academia Norte-riograndense de Letras. Acadêmico da Academia de Direito do Rio Grande do Norte. Professor Aposentado da UFRN. Professor convidado do Curso de Especialização do CEUB – Brasília. Ex-Professor da Universidade Católica de Pernambuco. Ex-Juiz Estadual. Ex-Juiz Federal.

2 Comentário contextual à Constituição. 2. ed. São Paulo: Malheiros. p. 248.

3 *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros. p. 260.

4 *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros. p. 478.

5 SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros. p. 478.

6 *Comentário Contextual à Constituição*, obra citada, p. 272.

7 *Constituição do Brasil Interpretada*. 6. ed. São Paulo: Atlas. p. 723.

8 *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. p. 810.

Federação e República

Dircêo Torrecillas Ramos[1]

SUMÁRIO

1. O Estado Federal. a) Federalismo assimétrico. **2.** Conceito e elementos. **3.** O Estado Federal Brasileiro. **4.** A estrutura da Federação Brasileira. **4.1.** União. **4.2.** Estados-Membros. **4.3.** Distrito Federal. **4.4.** Municípios. **4.5.** Territórios. **4.6.** Regiões de desenvolvimento. **4.7.** Regiões metropolitanas. **5.** Vedações. **6.** Intervenção. **7.** Tarefas e recursos. **8.** Críticas conclusivas: o Brasil é Estado Federal? **8.1.** Competências. **8.2.** Representação. **8.3.** Federação inchada. **8.4.** Fundo de participação. **8.5.** Estados e regiões desiguais; a) População e população carente; b) Dimensão territorial; c) Serviços públicos. **8.6.** Tarefas e recursos. **8.7.** Crise de sobrecarga. **8.8.** Equilíbrio. **8.9.** Prazos, abusos e controle. **8.10.** Capacidade de arrecadação. **8.11.** Guerra fiscal. **8.12.** DRU. **8.13.** Má aplicação de verbas. **8.14.** O paternalismo e o "fisiologismo". **8.15.** Apoio forçado. **8.16.** Autonomia enfraquecida. **8.17.** Falta de instrumentos. **8.18.** Falta de órgãos. **8.19.** Legitimação adequada. **8.20.** Necessidade de correção dos abusos. **9.** A República. **9.1.** Monarquia e a República. a) Monarquia absoluta e monarquia constitucional; b) Dualismo executivo. **9.2.** Democracia. a) O modelo ateniense é o da democracia direta; b) Democracia representativa; c) Democracia liberal; d) Democracia pelos partidos; e) Democracia social; f) Democracia participativa; g) Democracia marxista. **9.2.1.** Soberania do Estado e soberania popular. a) Soberania popular e soberania da nação; b) Transmissão da soberania. **9.2.2.** Pluralismo. a) Pluralismo democrático. **9.2.3.** Liberdade e igualdade. a) Liberdade política e liberdades individuais; b) Igualdade. **9.2.4.** A República Federativa do Brasil. a) A Crise do Império; b) A República e a Federação. Referências.

1. O Estado Federal

O Estado Federal surgiu nos Estados Unidos. Em 1781 foi criada a Confederação dos treze Estados soberanos após a independência declarada em 4 de julho de 1776. Passados seis anos os artigos da Confederação necessitavam modificações. Procuravam-se normas que atingissem não apenas os Estados componentes, mas também os cidadãos. Os debates longos entre os favoráveis e os contrários às alterações decorrentes das vicissitudes eram apresentados pelo jornal de New York. As justificativas de Alexander Hamilton, John Jay e James Madison, vencedoras, foram reunidas e transformaram-se na obra conhecida como *O federalista* (*The federalist*). A partir de 1787, quando, no último ato de soberania, abriram

mão desta, os Estados transformaram-se em autônomos. Criou-se, assim, um novo Estado, o Federal.

Esse modelo incipiente é do chamado federalismo por agregação, onde as unidades componentes, soberanas, abandonam essa condição para unir-se em uma nova formação ao contrário da segregação, consequência de uma separação instantânea, simultânea de uma região ou de um Estado Unitário, em suas províncias, e a reunião já como unidades autônomas.

O Estado Federal mostrou em suas vicissitudes várias formas. Iniciando como "dual" apresentou duas esferas distintas de competências: a da União e dos Estados-Membros. Esta estrutura levava cada um a desenvolver-se isoladamente, embora houvesse condições que aumentavam as diferenças e conduziam aos desejos de secessão. Essas primícias do modelo levaram ao federalismo cooperativo entre os Estados e entre estes e a União. Neste caso cooperação não significa a ingerência e tem limites. Pelo princípio da subsidiariedade a cooperação deve ser prestada quando um ente não pode solucionar, por si, os seus problemas. Dizemos por outro lado, que o federalismo é de "integração". Esta poderá ocorrer de duas maneiras distintas: de cima para baixo, quando a União através de recursos faz os membros dependerem dela e é contra a autonomia; mas poderá ser de baixo para cima, numa integração solidária, que tem como corolário a união que faz a força. O federalismo também deve ser de "equilíbrio". As unidades componentes têm tarefas e necessitam de recursos. Estes são próprios ou chegam por transferências. Para estas devem-se levar em consideração as diferenças de população em geral e a população carente, as dimensões, as riquezas, o potencial e o esforço para arrecadar, as condições sociais e econômicas, as dificuldades de locomoção, diferenças étnicas e raciais, linguísticas, que caracterizam o federalismo "assimétrico" e após realizar transferências financeiras ou estabelecer critérios de tratamento, de autonomia quanto a poderes, com equilíbrio.

O federalismo é uma sociedade de Estados autônomos com aspectos unitários porque é, enquanto Estado Federal, uma unidade territorial, unidade de representação e unidade nacional.

Os princípios desta forma do Estado são a união e a não centralização, já nasce não centralizado. Esta característica apresenta-se quando o Poder Constituinte, originário e soberano estabelece em sua obra, a Constituição, as competências da União e de seus componentes, decretando a autonomia que não depende de um poder central para uma maior ou menor

descentralização ou centralização.

a) FEDERALISMO ASSIMÉTRICO

O tema foi escolhido pela importância que tem assumido na formação e descentralização dos Estados contemporâneos. Na formação quando se trata das novas comunidades na Europa, nas Américas, na África e na Ásia. Descentralização quando tratamos de Estados existentes como o Estado Regional da Espanha, as federações como nos Estados Unidos, na Suíça, Brasil, Alemanha etc.

As dificuldades conceituais são grandes, devido às características reais dessas uniões. Thierry S. Renoux[2] apresentou esses obstáculos quando apresentou seu *paper* no Brasil em abril de 1998 "Le Federalism et L'Union Européenne – La Nature de la Communauté: Une Evolution vers L'Etat federal?". Coloca a questão de "Un Fédéralisme Sans Fédération?", "Fédéralisme sans État?", onde analisa a questão territorial, do povo e da soberania. "Un Fédéralisme sans Constitution?" analisa os problemas relativos a "garantir la separation des pouvoirs afin d'eviter l'arbitraire; de assumer la hierarchie des normes; de protéger les droits fondamentaux". Apesar das dificuldades fala-se em um Estado Federal em uma confederação ou em um Estado com arranjos federais. Esta solução certamente, acredito, será através da experiência de um federalismo assimétrico. Este consiste em uma assimetria "de fato" entre os componentes da federação, que exige uma assimetria "de direito" para corrigi-la. Poderá ocorrer uma desigualdade pela dimensão; pela riqueza; pela população: quantidade, carências, etnias, raças; autonomia; representação de direitos; poder quanto a Emendas Constitucionais etc. A assimetria não se confunde com a cooperação; a assimetria envolve sempre uma cooperação e a cooperação nem sempre envolve a assimetria. Por exemplo, quando um Estado-*m*embro permite a circulação de mercadorias e envia a outro Estado-*m*embro em que é proibida, qualquer unidade intermediária poderá interceptar a circulação como cooperação. A assimetria requer um tratamento desigual para corrigir desigualdades.

A assimetria é diferenciada conforme o país que a adota e poderá ser permanente ou transitória, funcional ou disfuncional. Ela é transitória como no caso das desigualdades econômicas e sociais, correções de tamanhos e será permanente no tratamento das diferentes etnias, nacionalidades de um Estado Federal e quando há formalmente variados desejos de centralização

e descentralização em diferentes unidades dentro do sistema político. É funcional quando diminui as desigualdades entre os Estados-Membros, como, por exemplo, economicamente com transferências de recursos para o desenvolvimento, mas poderá ser disfuncional, se levar a unidade à acomodação e à perda da autonomia, essencial ao federalismo.

A assimetria, como dissemos, tem sido adotada diferenciadamente: na Suíça, Nicolas Schimitt apresenta uma assimetria considerando as desigualdades "de fato" quanto ao tamanho, à população, rendimentos e impostos entre os cantões e procurando a igualização financeira. Já Thomas Fleiner nos oferece um estudo sobre a assimetria quanto às etnias e à proteção das minorias.

Nos Estados Unidos, embora as composições regionais sejam transitórias para determinados fins, há razoável transferência de subsídios para as regiões menos desenvolvidas economicamente, conforme demonstra Elliz Katz[3].

No Canadá[4] há um confronto entre os proponentes de maior assimetria e os adeptos de maior simetria, composto de um centro formado por Ontário e Quebec e a periferia formada pelas demais províncias. Destaca-se Quebec pela distinta composição linguística, única província de maioria do idioma francês, distinta cultura e diferente uso do código civil nas suas instituições sociais e na sua profunda e enraizada tradição histórica. Apresenta ainda uma desigual representação no Senado, diferente sistema de nomeação de juízes, sistema legislativo bilíngue etc.

Ao lado dessas assimetrias "de jure" encontramos também as "de fato" quanto a população, riqueza e tamanho entre as províncias.

A Espanha, embora seja um Estado Regional, possui um grau de autonomia elevado, comparável ao Estado Federal. Apresenta uma formação assimétrica com relação às nacionalidades, com uma concorrência etnoterritorial. Há, ainda, segundo Luis Moreno[5], obediência ao princípio da "solidariedade interterritorial" com a transferência de recursos das regiões mais ricas para as mais pobres.

Brasil – Como vimos retro, são várias as possibilidades de assimetria "de fato" a serem corrigidas pela assimetria "de jure", objetivando a redução das desigualdades. No Brasil há diferenças de tamanho, população e riqueza entre Estados e regiões que requerem o tratamento assimétrico para corrigir as desigualdades econômicas e sociais.

2. Conceito e elementos

Em Bernard Schwartz encontramos que a característica fundamental dos Estados Unidos, considerados como uma associação de estados, “é o princípio sob o qual os governos gerais e regionais são coordenados e independentes em suas esferas. Os poderes são divididos entre um governo geral, que em certas matérias é independente dos governos dos estados associados e, por outro, governos estaduais que em certas matérias são, por sua vez, independentes do governo geral”.

O poder político é compartilhado pela União e pelas unidades federadas. A não centralização divide territorialmente o poder e ao lado da divisão funcional e dos direitos e garantias constitui-se como limitação do poder. É, ainda, um dos critérios de divisão do poder, geograficamente. Como corolário temos uma aproximação entre governo e governados; um meio cujo objeto é a união mais forte, o bom governo, a liberdade e a paz.

ELEMENTOS: Para conseguir suas pretensões encontramos os seguintes elementos, segundo Daniel Elazar (*Exploring*, p. 154-192):

- *O federalismo como uma base de Associação Política*: compromisso de associar e cooperar ativamente, penetrar no espírito federalista, negociação compartilhada, mútua abstenção e autorrestrição na perseguição de metas, unidade e alta autonomia.
- *Requisitos dos sistemas federais*: Constituição escrita, união perpétua, texto rígido com os poderes divididos; Constituição como estrutura de governo e protetora de direitos, traça um quadro básico, instituições e procedimentos, declara alguns direitos para servir de base e providencia meios para a sua proteção na sociedade civil; a Constituição como um código, longa, detalhada, altamente específica e explícita; a Constituição como um manifesto revolucionário ou como carta social, baseada em conquista, que erradica a velha ordem – este requisito é mais comum nos estados socialistas; Constituição como ideal político quando a antiga ordem é apresentada sem qualquer expectativa de que o país ou o regime alcançará o ideal previsto na Lei Maior, mas há uma grande continuidade; Constituição como uma adaptação moderna de uma Constituição tradicional antiga, modelo encontrado em uma antiga e contínua

tradição histórica ou religiosa ou ambas, próprias da “Constituição” não escrita; não centralização para reforçar a ideia da difusão do poder entre um número substancial de centros de poder. Os entes podem agir unilateralmente com alto grau de autonomia das áreas constitucionalmente abertas para eles e ainda participar como partes nas atividades governamentais nacionais; divisão do poder territorial – é a democracia territorial, com a divisão interna da autoridade e do poder.

- *Manutenção da União*: com canais de comunicação entre o público e ambos os governos, geral e das unidades, permitindo influenciá-los diretamente e propiciando o exercício direto da autoridade sobre o cidadão comum – provoca o senso de comum nacionalidade ou cidadania ligando unidades políticas constituintes e o povo de nações federais.
- *Manutenção da não centralização:* razoável igualdade de população, riquezas, dimensões dos entes federados para manutenção da não centralização. A diminuição das desigualdades é alcançada na formação de regiões, com cooperação, evitando um ente que domine.
- *Manutenção do princípio federal*: as unidades devem ter substancial e completo conjunto de instituições próprias, com direito de modificá-las unilateralmente.
- *Governo local:* nos sistemas federais devem ter estruturação legal e constitucional, padrões geográficos, respeito a uma cultura política e formação do comportamento político de seus cidadãos. É necessária a barganha política entre o governo geral e os estados, com consideração dos municípios. Desenvolvimento, pelos governos locais, de suas políticas e seus próprios programas.
- *Influências dos antecedentes sobre os sistemas federais*: alguns países têm tradições que se ajustam ao federalismo. Outros, sem essas características culturais favoráveis, adotam arranjos federalistas. Há os que preferem a União pela sobrevivência com relação a vizinhos poderosos.
- *Pensamento federal*: o papel da cultura política. O pensamento federalista é importante e o papel da cultura política é relevante. Muitos países manifestam, porque possuem, na literatura, na política, na música e no folclore, como nos Estados Unidos e na Suíça. Onde não há procuram-se alternativas, como na América Latina, em que os

> sistemas federais são mantidos como reflexos do ideal que a sociedade aspira; na Nigéria os princípios federais envolviam a reintegração de Biafra.

Estes elementos que integram o conceito de Estado Federal são indispensáveis para a sua realização satisfatória nas mais variadas formas.

3. O Estado Federal Brasileiro

A Constituição brasileira, de 1988, em seu Título I, que trata dos princípios fundamentais, no artigo 1º diz: "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": Cumpre salientar a federação como um princípio fundamental, que subordina todo o desenvolvimento sistemático do texto maior. Não é outra a razão pela qual o artigo 60, § 4º, inciso I, a inclui como cláusula "pétrea", não podendo ser abolida nem por emenda à Constituição.

Indissolúvel – A união dos componentes desta forma de estado, adotada pelo Brasil, não permite a secessão, é perpétua. Poderiam surgir dois blocos mantendo a federação, mas a retirada contínua de cada ente levaria à abolição indireta.

4. A estrutura da Federação Brasileira

A composição apresenta três níveis: União, Estados-Membros e Municípios, entretanto fazem parte deste escorço os frequentemente mencionados: o Distrito Federal, os Territórios, as Regiões de Desenvolvimento e as Regiões Metropolitanas. A todos são atribuídos recursos e tarefas, repartição de receitas e participação no poder com maior ou menor autonomia.

4.1. União

Como demonstramos anteriormente, o Estado Federal é a União dos Estados-Membros e Municípios e do Distrito Federal, indissolúvel, perpétua e intocável, expressa no artigo 1º e reiterada no artigo 18, ao tratar

da organização político-administrativa, ambos da Constituição. A União é soberana porque tem mais poderes, manda mais internamente e possui a ausência de subordinação.

As competências da União estão previstas no artigo 21. Além destas, o artigo 22 expressa as que lhe são privativas, o artigo 23 as comuns à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios e o art. 24 as concorrentes com os citados entes excluindo-se os últimos. Nas concorrentes, a União limitar-se-á a estabelecer normas gerais (art. 24, § 1º), não eliminando a competência suplementar dos Estados (art. 24, § 2º) e inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender às suas peculiaridades (art. 24, § 3º), mas a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (art. 24, § 4º).

4.2. Estados-Membros

O Brasil oferece exemplo no Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, que em um átimo transformou o então Império Brasileiro unitário em Estado Federal. Esse decreto, ato constituinte do novo Estado, por segregação, prevê, expressamente, a transformação das antigas províncias em unidades federadas (artigo 2º), que adotariam, cada qual, uma Constituição por ela própria estabelecida, conforme o artigo 3º: “Cada um desses Estados, no exercício de sua legítima soberania, decretará oportunamente a sua Constituição definitiva, elegendo os seus corpos deliberantes e os seus governos locais”. Na realidade não eram e não são soberanos e sim autônomos.

Os Estados-Membros gozam de autonomia. Significa autogoverno mediante regras próprias. É a capacidade de auto-organização através de uma Constituição que o seu Poder Constituinte estabelece. Trata-se de um Poder derivado, restringido pela Constituição Federal, obra do Poder Constituinte originário, limitador e condicionador dos Estados. Fixa, este, princípios (art. 34, VII) cujo desrespeito provoca a intervenção federal.

Os Estados constituem-se em instituições típicas do Estado Federal. São grandes entidades – competentes, que dão a estrutura conceitual dessa forma de Estado. Sem os mesmos não poderá haver federação. Têm a natureza desse ente porque são detentores dos órgãos, funções e elementos

necessários. O que os distingue é a qualidade do poder nos conduzindo a dois tipos: o Estado Federal soberano e os Estados federados autônomos. Podem receber outros nomes como Províncias na Argentina e no Canadá; Cantões na Suíça; Länder na Alemanha; Repúblicas na ex-União Soviética; Tribus na Nigéria. Mas o que caracteriza não é o nome mas a estrutura e a autonomia, ínsitas, conferindo-lhes a verossimilhança.

No Brasil, que designamos por Estados, têm sua organização prevista no artigo 25 da Constituição de 1988, condicionando e limitando sua autonomia, pelo respeito aos princípios desta.

As Competências são as reservadas (art. 25, §1º) desde que não sejam vedadas pela Lei Magna. São remanescentes, residuais. Ocorre que são dadas exageradamente à União e aos Municípios, restando pouco aos membros da sociedade, sacrificando a autonomia, a não centralização que é um dos princípios do Estado Federal. Há inversão. Em vez de os componentes, ao criarem a associação, cederem poucos poderes à União, o Poder Constituinte ofereceu mais, ficando insuficientes aos principais entes – os sócios.

4.3. Distrito Federal

Desde a Proclamação da República e o estabelecimento da federação, o Distrito Federal tem sofrido as vicissitudes em seu tratamento. Foi rotulado como “quase estado” e “semiestado”, pela falta de auto-organização, mas participava no governo federal de forma equiparada às demais unidades. A Constituição de 1934 aproximou-o da situação do Estado-Membro, o que retrocedeu com a de 1937, centralizadora, subordinando o Distrito Federal à Administração. Com a Constituição de 1946 recebeu autonomia para eleger uma Câmara de Vereadores, com o executivo sendo nomeado pelo Chefe do Estado, aprovado pelo Senado Federal e possibilidade de ser demitido *ad nutum*; elegia deputados e senadores, como ocorria nos Estados. Em 1956 foram previstas, através de Emendas, a eleição do prefeito e a intervenção federal. Em 1960, a Capital é transferida para Brasília, com a diferença, em relação à metrópole do Rio de Janeiro, retrocedeu. A Constituição de 1967 colocou-o, em capítulo especial, assemelhado aos Territórios. Havia um governador nomeado pelo Presidente com prévia aprovação do Senado. A Emenda n. 25, de 1985, conferiu-lhe representação igual aos Estados no

Senado e na Câmara Federal, respectivamente 3 Senadores e 8 Deputados. Em 1988, a Lei Magna aproximou-o do Estado, com governador eleito pelo povo; Câmara Legislativa competente para votar a lei orgânica; autonomia para auto-organização administrativa, ficando para a União a legislação de normas gerais sobre a organização judiciária, o Ministério Público e a Defensoria Pública (art. 22, XVII).

O Distrito Federal tem a competência legislativa conferida aos Estados e Municípios (art. 32, §1º), competência comum com a União, os Estados e os Municípios (art. 23), competência concorrente com a União e os Estados para legislar sobre determinadas matérias (art. 24) e recebe os tributos atribuídos aos Estados e aos Municípios, com relação ao seu território.

O artigo 18, §1º, da Constituição brasileira diz que Brasília é a Capital Federal e, conforme o artigo 32, ao Distrito Federal é vedada a divisão em Municípios. Com aparência de cidade não é sede de Município, tem representantes no Senado e na Câmara dos Deputados; com autonomia é a Capital do Brasil.

4.4. Municípios

De acordo com o que vimos, retro, o artigo 1º e o artigo 18 do Texto Magno inseriram o Município na união indissolúvel e na organização político-administrativa, dando-lhe autonomia em igualdade aos demais entes, nos termos da Constituição. É portanto uma unidade política, com competências próprias estabelecidas. Estas encontram-se no artigo 30. Reiteramos que o Município tem rendas próprias garantidas pelo artigo 156 e participa da distribuição de receitas, conforme artigos 158, 159, 160, 161 e 162 da Constituição Federal.

O Município é autônomo, tem o poder de autodeterminação. A auto-organização municipal é constituída pela sua lei orgânica em obediência às Constituições Federal e do Estado, conforme os vários incisos do artigo 29 da CF. Elege o seu Executivo como manda o inciso I, do artigo 29, e seu legislativo, os vereadores, que ocuparão assentos na Câmara Municipal.

Os Municípios têm um território como condição de sua autonomia. A incorporação, fusão e divisão dependem de sua participação, mediante plebiscito, conforme artigo 18, § 4º, da CF.

A Constituição de 1988 consagrou a tese de que o Município brasileiro

integra necessariamente o sistema federativo como “entidade de terceiro grau”, mas existem opiniões contrárias, no sentido de que não basta autonomia político-constitucional para que integre o conceito de entidade federativa. Afirmam que não existe federação de Municípios, mas somente de Estados e que apenas estes são essenciais ao conceito de Estado Federal. Não poderá haver uma Câmara de representantes dos Municípios, como o Senado em relação aos Estados. A inclusão dos Municípios não altera em nada a federação brasileira. Se houvesse uma federação de Municípios, estes assumiriam a natureza de Estados-Membros. Alegam que haveria problemas de autonomia entre os Estados e Municípios, vez que esta pressupõe território próprio, não compartilhado. Contestam, ainda, que afirmar ser o Brasil uma República Federativa, formada pela união indissolúvel de Municípios é algo sem sentido, porque, se assim fora, ter-se-ia de admitir a Constituição provendo contra uma hipotética secessão Municipal. Afirma-se que a sanção, neste caso, seria a intervenção, cuja competência é dos Estados-Membros demonstrando serem, os Municípios, vinculados a eles. Por isso continuam a ser divisões político-administrativas do Estado e não da União: “Se fossem divisões políticas do território da União, como ficariam os Estados, cujo território é integralmente repartido entre os Municípios? Não resta dúvida de que ficamos com uma federação muito complexa, com entidades superpostas”.

O raciocínio relativo à intervenção poderá ser aplicado em nível de União e Estados. Não deixamos de ser uma federação devido à intervenção federal nos Estados.

Com respeito à divisão territorial, também podemos dizer que o Brasil não deixa de ser um Estado com os seus elementos porque está repartido em Estados-Membros, ocupando o seu espaço geográfico.

No meu entender, inconveniente, mas nada impede senados estaduais, como nos Estados Unidos.

Existem divergências entre os maiores estudiosos brasileiros e estrangeiros, mas como diz Paulo Bonavides: “É copiosa a bibliografia nacional sobre o federalismo, um dos termos que nunca saíram do círculo de nossos problemas constitucionais, em todos os períodos da existência política do País, desde o Primeiro Reinado”.

“Apesar das tendências que procuram assinalar a perspectiva administrativa do Município, os questionamentos em torno da sua autonomia são constantemente defendidos, daí dizer Josaphat Marinho que

autonomia municipal é a regra, ao passo que o seu estrangulamento é exceção".

"Para Victor Nunes Leal, convém salientar que esse complexo que é o Município no Brasil, ao contrário do que pensam certos autores, não é primordialmente uma organização administrativa, é uma entidade medularmente política, necessariamente política".

"A Câmara como órgão do governo municipal constitui elemento básico para efetivação do conceito de autonomia, que se completa através das normas do processo legislativo, que especifica as disposições relativas à formulação das normas do interesse local, mas que se estruturam dentro do sistema liberal" (Baracho, *Teoria*, p. 98).

Conclui-se que os Municípios não participam de um Senado de representação no poder central, não têm um poder Judiciário, seria complexa uma federação deles pela quantidade, mas não resta dúvida de que o vocábulo indissolúvel, no texto magno, impede a secessão e que compartilhando das competências, com autonomia aproxima governantes e governados, objetivo da forma de estado em análise e que nos conduz a afirmar que estamos diante de uma federação de Estados com o reconhecimento dos Municípios.

4.5. Territórios

Os territórios foram transformados em Estados e Fernando de Noronha foi agregado a Pernambuco. Apesar de não existirem, atualmente, há possibilidade de sua criação, ulterior transformação em Estado ou sua reintegração no de origem, com previsão por lei complementar (artigo 18, § 2º) e sua organização administrativa e judiciária em lei ordinária (art. 33).

A Constituição de 1891 não previu a existência de territórios. A questão foi resolvida com a aquisição do Acre. Discutiu-se a ideia de que as Regiões menos prósperas transformar-se-iam em territórios, com organização especial, cuja evolução econômica e cultural os levaria à condição de Províncias no Império e de Estados em embrião, na República.

O primeiro território, do Acre, foi regulado por Lei Federal em sua organização administrativa e judiciária. Seu governador foi nomeado pelo Presidente da República, aprovado previamente pelo Senado. O governador nomeava os prefeitos dos Municípios.

Os territórios integram a União como descentralizações administrativas e judiciárias (art. 18, § 2º, e art. 33). Têm autonomia administrativa e não política. São excepcionados os que têm população excedente a cem mil habitantes, os quais disporão de Câmara Territorial, com competência legislativa (art. 33, § 3º), entretanto mantém-se a do Congresso Nacional para a organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública (art. 48, IX e art. 61, § 1º, II, *b*). Compete à União arrecadar os tributos que a Constituição atribui aos Estados-Membros (art. 147) e as leis de matéria tributária e orçamentária dos territórios são de iniciativa privativa do Presidente da República (art. 61, § 1º, *b*). São da União as competências que seriam estaduais. Os territórios não são representados no Senado, mas o seu povo elege quatro deputados para a Câmara Federal (art. 45, § 2º).

4.6. Regiões de desenvolvimento

Foi reconhecida a assimetria de fato, entre várias áreas, dentro dos limites nacionais, o que provocou a assimetria de direito, no artigo 43, criando as regiões de desenvolvimento. Surgiram entidades federais como a *SUDAM* – Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia, *SUDENE* – Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste e *SUDECO* – Superintendência do Desenvolvimento do Centro-Oeste, com finalidade de promover ou acelerar o desenvolvimento de re-giões brasileiras. Estas são formadas por vários Estados, considerados no todo ou em parte.

A União exerce, sobre as regiões, enormes poderes devido aos vultosos recursos que a elas destina. É um fator de centralização, perda da autonomia, contrário ao federalismo. O artigo 160 ao vedar a retenção de recursos diminui a centralização que ainda resta significativa diante das concessões orçamentárias e 20% da DRU – Desvinculação das Receitas da União. Esta última com previsão, inicial, de R$ 84 bilhões para, em 2008, utilizar livremente a favor de estados e municípios que apoiem o governo, aumenta para 2009.

As entidades regionais não interferem, juridicamente, na autonomia dos Estados, mas, na prática, pesam sobre sua orientação administrativa. Esperam-se, para o futuro, entidades intermediárias entre os Estados e a União, numa reformulação regionalista do federalismo brasileiro. A

SUDENE tem dotações no orçamento da União muito superiores aos orçamentos de seus Estados componentes e mesmo acima de todos somados, excluindo-se Minas Gerais. A importância econômico-financeira as torna mais cobiçadas do que os próprios Estados.

Faz-se necessário um sistema de nomeação, fiscalização e controle, por órgãos interestaduais e por órgãos de articulação nessas relações, inclusive com a participação dos demais Estados de outras regiões da União, uma vez que todos contribuem e têm interesse no desenvolvimento equilibrado do país, com planos, prazos, início e fim. A experiência evidencia que não havendo compensação, equilíbrio entre as assimetrias de fato, natural e de direito, igualização artificial, nós teremos, ao invés da cooperação a desunião, a morte do federalismo. Esta compensação poderá ser representada pela própria solução dos problemas regionais, como contraprestação da compensação dada à região necessitada, em cooperação.

4.7. Regiões metropolitanas

Muitos problemas abrangem mais de um Município e não podem ser resolvidos individualmente, como exemplo do abastecimento de água, o tratamento de esgotos, combate à poluição, transportes, vias de comunicação etc. Como corolário temos a necessidade de regiões metropolitanas integradas por mais de um Município.

O Texto Maior anterior as previa em criação federal. Atualmente tal competência transferiu-se para os Estados (art. 25, § 3º), consequentemente os Municípios devem pertencer ao mesmo Estado. Essa nova forma é colocada, como se os problemas não atingissem unidades pertencentes a Estados distintos. Seria resolver juridicamente questões físico-geográficas.

As regiões metropolitanas são entidades administrativas superpostas aos Municípios, com os objetivos de interesse comum a todas unidades componentes, assim como os micro-organismos previstos no mesmo dispositivo (art. 25, § 3º). É aquela mesma cooperação federativa, já vista. Neste caso entre o Estado e os Municípios e entre estes. Evidentemente deveria abranger Municípios de Estados distintos se a solução é para o bem comum, desde que com acordos respeitantes da autonomia de todos os participantes.

5. Vedações

Estas são estabelecidas, em todos os níveis, para evitar discriminações religiosas, dependência, garantindo a liberdade (art. 19, I). As vedações de distinções estendem-se aos brasileiros, bem como as preferências entre si (art. 19, II). É vedada ainda a recusa de fé aos documentos públicos (art. 19, II).

6. Intervenção

A Constituição da República Federativa do Brasil não só coloca a federação como intocável, não suscetível de mudança através de emenda, conforme art. 60, § 4º, inciso I, mas vai além. Sujeita os Estados e o Distrito Federal à intervenção da União, além de outros casos, conforme art. 34, especificamente, para manter a integridade nacional (art. 34, I), repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra (art. 34, II), para garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas Unidades da Federação (artigo 34, IV), reorganizar as finanças da unidade da Federação que deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas na Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei (art. 34, V, *b*) e para assegurar o princípio constitucional da autonomia municipal (artigo 34, VII, *c*), bem como outros princípios da Constituição Federal (artigo 34, VII, *a*, *b*, *d*, *e*).

Prevê a nossa Lei Maior a intervenção do Estado em seus Municípios e da União nos Municípios dos Territórios para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual (art. 35, IV) no primeiro caso e na Constituição Federal (art. 35) relativamente aos territórios.

Depreende-se da Constituição que é motivo de intervenção qualquer ato contrário à integridade nacional ou que vise a invasão de uma unidade em outra. Garante o exercício da autonomia, através de seus poderes. Pune com a intervenção aquela unidade que não entregar as receitas Municipais estabelecidas pela Constituição ou desrespeitar a autonomia dos Municípios. Estes, entretanto, devem gozar de sua autonomia e de seu *status* constitucional com respeito aos princípios fixados na Constituição Estadual, cujo desrespeito os sujeitará à intervenção.

A decretação da intervenção depende de condições estabelecidas no artigo 36. Nos casos do artigo 34, VII, e de recusa a execução de lei federal, depende de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República (art. 36, III). Nestes casos há um interesse federal e a representante da União judicial e extrajudicialmente é a Advocacia-Geral, à qual caberia a legitimidade (art. 131).

O decreto de intervenção deve especificar a amplitude, o prazo e as condições de execução e, se couber, nomeará o interventor. Será submetido à apreciação do Congresso Nacional ou da Assembleia Legislativa do Estado, no prazo de vinte e quatro horas (art. 36, § 1º) que, se não estiverem funcionando, serão convocados, extraordinariamente, no mesmo prazo (art. 36, § 2º).

Nos casos do artigo 34, VI e VII, ou do artigo 35, IV, é dispensada a apreciação pelo legislativo nacional ou local e o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se suficiente ao restabelecimento da normalidade (art. 36, § 4º). Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos retornarão, salvo impedimento legal (art. 36, § 4º).

7. Tarefas e recursos

A estrutura federal dá as competências legislativas, administrativas e judiciárias à União e aos Estados. Todos os componentes, com mais ou menos poderes, têm bens e serviços a prestar e necessitam recursos. Estes são diretos e indiretos através de tributos próprios. Participam da redistribuição da União e dos Estados. Deve haver equilíbrio entre receitas e necessidades de despesas, caso contrário haverá sobra ou crise de sobrecarga.

8. Críticas conclusivas: o Brasil é Estado Federal?

A limitação do Poder é caracterizada pela separação funcional, separação territorial e pela Declaração dos Direitos e Garantias do Homem. Nos dois primeiros casos temos os critérios de divisão para o exercício do poder,

funcional e territorial e este último é próprio do federalismo, onde os agentes são a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Busca-se, assim, evitar a ilimitação que leva à corrupção e a todas modalidades de abuso.

O Estado Federal representa a forma pela qual as unidades têm maior autonomia com Constituição e leis próprias, resultado da competência para auto-organização de seus poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; possui Senado para participação no poder central e é intocável. Estes elementos o distinguem das demais formas de Estado.

Na prática não é o que ocorre no Brasil. Muitas vezes somos comparados a outros Estados Regionais ou chamados de Unitários Constitucionalmente Descentralizados. É o caso da Espanha, que tem mais autonomia regional do que o Brasil com relação aos Estados-Membros.

O mesmo ocorre com a divisão funcional do poder em Legislativo, Executivo e Judiciário, com reflexos nos entes federados, prejudicando os princípios de União e de não centralização, contribuindo, todos os casos, para a hipertrofia do Executivo federal.

As manobras políticas levam à afirmação de que nunca tivemos um pacto federativo, nem um simulacro, e não se trata de realizar um novo porque jamais tivemos o velho, mas necessitamos o verdadeiro pacto federativo, indesejado por aqueles que detêm o poder e querem mais poder. Hodiernamente afastamo-nos do ideal desejado, pelos seguintes fatores:

8.1. Competências

Os sócios da federação são os Estados-Membros. Pressupõe-se que devem ceder ao Poder Central algumas poucas competências para manter a União com a não centralização. Daí as remanescentes, residuais, não especificadas, porque sobraria a maior parte. Inocorre o que deveria, porque o Poder Constituinte dá à União e aos Municípios excessivos poderes restando poucos aos sócios, insuficientes para consolidar a autonomia, as diferenças entre os entes competentes. Os Estados são distintos com desigualdades econômicas, sociais, de população e população carente, tamanho, criminalidade, comércio etc. e são regulados pela União que deveria atuar apenas quando há interesse federativo, mas os trata uniformemente em detrimento da autonomia e da não centralização.

8.2. Representação

No Estado Federal, o Senado representa os Estados e a Câmara dos Deputados Federais é o órgão de representação popular. O primeiro é de formação paritária, cada unidade elege três membros, por 8 anos, respeitando a isonomia entre os componentes. As observações pertinentes é que um País em desenvolvimento deveria manter a igualdade, mas reduzindo a dois senadores como ocorreu com a Constituição de 1934, adotado até hoje nos Estados Unidos da América do Norte, com mandato de seis anos, estabelecido por este.

A Câmara dos Deputados Federais apresenta um desequilíbrio ao estabelecer o mínimo de oito e o máximo de 70. Cria condições para que as regiões de desenvolvimento: Norte, Nordeste e Centro-Oeste formem a maioria nas duas casas do Congresso. Tem reflexos na reforma constitucional ou legal obtendo maioria de 3/5 para promulgação de Emendas e absoluta para aprovação de leis complementares. Quando não conseguem 3/5 para aprovar, alcançam mais de 2/5 para rejeitar os projetos ou mais da metade para o mesmo fim.

Além disso, os favorecimentos da União para parlamentares e governadores conduzem a uma integração de cima para baixo, centralizadora e antifederalista. Os parlamentares trocam recursos regionais pelo apoio, os governadores seguem a mesma trajetória.

As aspirações são de uma Câmara com o mínimo de 1 e proporcional, ao povo estadual, atingindo o máximo de 300 somando-se todos os Estados, mas equilibrada. O Senado representa os Estados? Os senadores, que estão ligados mais aos interesses de seus partidos, deverão ter como seus objetivos os do seu Estado.

Desta forma teremos um equilíbrio, onde as regiões acima citadas serão majoritárias no Senado e as demais na Câmara dos Deputados, considerando que os projetos dependem de aprovação em ambas as casas.

Da mesma forma que a redução do Mandato do Senado, deverá ocorrer na Câmara de 4 para 2 anos, como nos Estados Unidos, o que diminuirá o poder de barganha.

Este País tem 435 representantes do povo enquanto o Brasil tem 513, ou seja, nós temos 100 milhões de população a menos e 78 Deputados a mais; eles são desenvolvidos e nós estamos em desenvolvimento.

8.3. Federação inchada

Nós tivemos nos últimos anos a divisão de Estados, a transformação de territórios em unidades da federação, a criação de mais de 1.300 (mil e trezentos) Municípios. Significa o aumento do número de governadores e vices, prefeitos e vices, deputados estaduais, vereadores, senadores, deputados federais, justiças estaduais, tribunais de conta. Todos com seus gabinetes e funcionários. Muitos destes entes criados e outros, anteriormente existentes, não preenchem as condições de Estados e de Municípios, respectivamente.

8.4. Fundo de participação

Os Estados e Municípios, que preencham os requisitos ou não, participam da redistribuição da receita de 48% dos maiores impostos da União, de acordo com o artigo 159, inc. I, *a*, *b*, *c* e *d* da CF, com a redação da Emenda n. 55/2007. É vedada a retenção pelo artigo 160 da CF, mas é uma retirada de unidades que necessitam, para realização de serviços públicos, e dá-la a gastos desnecessários de criações políticas.

8.5. Estados e regiões desiguais

O Brasil não tem assimetrias étnicas, raciais, linguísticas, como a Nigéria, a Suíça, a Índia, mas as tem na área econômica e social. Devemos levar em consideração não apenas as transferências de recursos e sim outros fatores tais como:

a) A população em geral e a população carente, em uma unidade da federação ou em uma região. Estas poderão ter grandes receitas mas para uma significativa conglomeração humana. Os carentes de algumas, isoladas, somam um número maior do que todos os habitantes de outras, também, individualmente consideradas.

b) A dimensão territorial e as dificuldades. Por exemplo: Amazonas e Pará, com grandes territórios e o traçado por rios, em relação à população sofrem com mais obstáculos para a comunicação entre Municípios, Estados e, consequentemente, para o desenvolvimento do que o Rio Grande do Sul ou o Sergipe.

c) A necessidade de serviços públicos, num estudo setorizado e comparativo, para eleger corretamente as prioridades.

8.6. Tarefas e recursos

Cada unidade tem tarefas e recursos. O Poder Constituinte Originário ao criar a sua obra, a Constituição, distribuiu e redistribuiu tributos aos componentes da federação. Estes deverão ajustar-se. Em cada ente devem corresponder às tarefas que receberam, o que não ocorre.

8.7. Crise de sobrecarga

Quando há a atribuição de competências, para mais tarefas do que recursos, ou seja, estes são insuficientes para realizá-las, estamos diante de uma crise de sobrecarga. É o que ocorre e gera a insatisfação, a desunião, a secessão, que são opostas aos princípios do Estado Federal.

8.8. Equilíbrio

A busca do equilíbrio, de todos os aspectos acima descritos, é uma necessidade. É o federalismo de equilíbrio, com cooperação. Devemos tratar assimetricamente as regiões e os Estados assimétricos, na medida de suas assimetrias, se quisermos a União. Isto inocorre porque as atitudes levam mais em consideração os interesses grupais políticos do que as necessidades da população carente, dos serviços públicos e os problemas de cada Estado ou região.

8.9. Prazos, abusos e controle

As obras públicas, os grandes investimentos, devem ter início, desenvolvimento e fim. Os prazos bem definidos e o controle são exigidos e os atrasos aceitos quando razoáveis. O que não pode e acontece são os abusos, obras intermináveis, cálculos imprecisos, superfaturamentos etc. É o caso da “indústria da seca” e a desnecessidade da transposição do Rio São Francisco, já demonstrada por técnicos nordestinos, com gastos vultosos da

federação. Além de outras alternativas menos dispendiosas e da desnecessidade, hipoteticamente "beneficiaria" poucos estados em detrimento da grande maioria, que contribui para a soma dos recursos a serem utilizados.

É uma situação na qual algumas unidades sempre oferecem e as outras apenas gastam as receitas, com abusos. Evidentemente é contrária ao federalismo.

8.10. Capacidade de arrecadação

Os componentes da sociedade de Estados têm potencial de recursos e nem sempre o utilizam. Podemos citar no direito comparado e que pode ser aplicado ao Brasil, o caso da Suíça. Na redistribuição de receitas ou distribuição orçamentária desvinculada, a exigência ou verificação do uso do potencial e o esforço para tal é necessário. Inocorrendo esta constatação, gera o descontentamento daqueles que se empenham na plenitude das possibilidades em relação àqueles que nada fazem, na certeza da contemplação que o jogo político lhes trará. Mais uma vez estamos diante de um obstáculo para a nossa forma do Estado.

8.11. Guerra fiscal

Uma revisão nas possibilidades de oferta de incentivos fiscais impõe-se. Alguns Estados, na busca de investimentos, empregos e outras vantagens, cedem seus tributos e posteriormente buscam outros da União para suprir suas insuficiências. Outros procuram segui-los e está estabelecida a "guerra fiscal". Por exemplo, o Espírito Santo, com o FUNDAP, oferece financiamentos do ICMS a longo prazo, faltam-lhe recursos, demonstra "déficits" e a necessidade de ajuda federal. As empresas que operam no sistema, cujo produto é o ICMS, apresentam lucros extraordinários. O resultado é que São Paulo, por esses motivos, perde o movimento do Porto de Santos para Vitória no Espírito Santo e, como é o maior contribuinte, tem seus recursos para socorrê-lo, o que resulta no financiamento, indireto, de sua desgraça. A "guerra fiscal" transforma-se em "guerra" financeira entre os sócios da federação.

8.12. DRU

A Desvinculação de Receitas da União de 20% quer dizer que, conforme estimativa inicial de 2008, o executivo central teve 84 bilhões de reais para utilizar sem vínculo, livremente. Valor que subiu consideravelmente em 2011.

Com os problemas já apresentados relativos à crise de sobrecarga, inúmeras prioridades nos serviços públicos e o interesse eleitoral, os governadores, prefeitos, deputados, senadores precisam de verbas destinadas aos seus redutos que são beneficiados por efeitos no comércio, nas indústrias e nos serviços.

O resultado será uma integração de cima para baixo, forçada, unindo com dependência. Contraria a separação funcional do Poder, na medida em que legisladores são forçados à obediência ao executivo. Opõe-se à separação territorial do Poder; os entes devem seguir as mesmas regras. Assim, retira ou enfraquece a autonomia dos Estados e Municípios, força a centralização, contrariando um dos princípios do federalismo.

8.13. Má aplicação de verbas

Outro fator, complicador da União federal, é a má aplicação de verbas. Como evidenciado anteriormente, a “indústria da seca”, a transposição do Rio São Francisco quando outras prioridades existem, o excesso de corrupção das instituições e morais agravam a harmonia que deveria existir e o desejo de cooperação como elementos da forma de Estado que desejamos.

8.14. O paternalismo e o “fisiologismo”

Causam um tratamento desigual, indevidamente, ferindo o princípio isonômico como regra.

8.15. Apoio forçado

Regiões de Desenvolvimento e Regiões Metropolitanas. Estas, também,

por serem formadas por Estados e Municípios, respectivamente, as primeiras, com orçamentos maiores do que os dos entes componentes, recebem influência da União e recursos que se traduzem em apoio.

8.16. Autonomia enfraquecida

Os Municípios, que não têm representação no Poder Central, não possuem um Poder Judiciário, mas têm suas autonomias reconhecidas, devem mantê-las.

8.17. Falta de instrumentos

Os Estados precisam de instrumentos para preservar a autonomia, motivar-se para a cooperação, a união mais forte e reforçar a não centralização.

8.18. Falta de órgãos

A criação de um Conselho de Governadores, com autoridade para corrigir e manter o equilíbrio, que aja com independência e autonomia, evitará a hipertrofia do executivo central e limitará o seu poder a favor do bem comum dos Estados. Uma Conferência dos Governadores para uniformizar as leis estaduais terá o mesmo sentido.

8.19. Legitimação adequada

O Procurador-Geral da República legitimado para a ação direta de inconstitucionalidade, como pressuposto de intervenção federal, deve ser substituído pelo Advogado-Geral da União. Esta, através do Chefe do Executivo, pratica a intervenção e seu representante judicial e extrajudicialmente é o Advogado-Geral da União. Há um interesse federativo, embora nem sempre o interesse federativo coincida com o interesse do Executivo. Entretanto, quando ocorrerem abusos do Executivo, entre outras pessoas, está legitimado o Procurador-Geral da República, para propor a ação direta contra lei, atos e omissões federais e estaduais,

conforme artigo 103.

8.20. Necessidade de correção dos abusos

Desta forma, corrigindo os abusos e os excessos, não teremos uma federação que não caiba no PIB – Produto Interno Bruto e será ajustada à realidade e aos interesses comuns. Fortaleceremos nosso Estado para servir melhor a população.

Do exposto, a experiência revela-nos que desejamos, não uma reforma ou um novo pacto federativo, porque para ter o novo seria necessário que houvesse o velho, mas o verdadeiro pacto federativo que jamais tivemos.

9. A República

9.1. Monarquia e a República

Um dos temas mais controvertidos foi a monarquia democrática. O que esta vem a ser e como foi adotada é o objeto deste tópico.

A distinção das três formas de governo, monarquia, aristocracia e democracia, é antiquíssima, estando presente nas *Histórias* de Heródoto[6] (480-425 a.C.).

A classificação das formas de governo é tomada por Aristóteles.[7] Ensina o mestre estagirita que constituição e governo significam a mesma coisa e que governo é a autoridade suprema nos Estados. Esta autoridade 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 realeza, chamou o governo de um só.

A forma republicana, segundo alguns tradutores, 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 substituídas por formas impuras. Transformam-se em tirania, oligarquia e em demagogia. “Esta 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”.[8]

Embora muitas outras tentativas, a classificação de Aristóteles torna-se clássica.[9]

Posteriormente, após muitas propostas, a classificação mais aceita é de Maquiavel, levando em conta a temporariedade (república) e a vitaliciedade (monarquia) da atribuição do poder.[10]

Desenvolve sua teoria baseado em “ciclos de governo”.[11] Parte de um estado anárquico como característica do início da vida humana em sociedade. Para melhor defesa, os homens escolheram o mais robusto e valoroso, como chefe, obedecendo-lhe. Com resultado insatisfatório, passou-se à escolha do mais justo e sensato. Era uma monarquia eletiva que se transformou posteriormente em hereditária, cujos herdeiros começaram a degenerar para a tirania. No combate a esses males, os mais ricos e nobres conspiraram e apoderaram-se do governo, instaurando a aristocracia, dirigida ao bem comum. Os descendentes dos aristocratas, não tendo sentido os males da tirania e sem interesse no bem comum, passaram a utilizar o governo em proveito particular, transformando a aristocracia em oligarquia; o povo, ainda com lembrança da tirania, e diante dos abusos da oligarquia, resolveu governar-se a si mesmo, dando origem à democracia. Mas esta também, com o decorrer do tempo, sofreu um processo de degeneração, cada um utilizando o poder, como participante do governo, em proveito próprio, gerando a anarquia e voltando ao estágio inicial, recomeçando o ciclo. Para interrompê-lo, a solução seria a conjugação em um só governo, da monarquia, da aristocracia e da democracia. Em 1532, com O *Príncipe,* Maquiavel conclui: “Os Estados e soberanias que tiveram e têm autoridade sobre os homens foram e são ou repúblicas ou principados”. Não admitia o governo aristocrático, permanecendo a república e a monarquia como formas de governo possíveis.

Subsequentemente, a alternativa monarquia-república foi aceita, sem mais imaginações ou desafios pela maioria dos teóricos políticos, como Hobbes, Rousseau; pela Revolução Francesa e o remoto liberalismo do século XIX.[12]

Montesquieu, em seguida, aponta três formas de governo: o republicano, o monárquico e o despótico. O republicano é o do povo como um todo ou de parcela deste; o monárquico é o de um só, mas em consonância com as leis fixas e estabelecidas; o despótico é o governo de uma só pessoa, sem

obedecer a leis e regras, realizado de acordo com sua vontade e seus caprichos.

A monarquia e a república são as formas de governo que prevalecem até nossos dias, embora Guglielmo Ferrero afirme que o número de detentores é irrelevante e que a nova dicotomia consiste em se o governo é legítimo ou revolucionário.[13] Não leva em consideração o número de governantes nem a temporariedade (república) e vitaliciedade (monarquia).

Até então, parecia incompatível uma monarquia democrática. Eram distintas formas de governo. Daí imaginar como realizar a conciliação Democracia-Monarquia.

Esta distinção vai se amenizando, como vemos em Gaetano Mosca: "Não é exato que as monarquias formem todas um tipo de governo absolutamente distinto, por suas características essenciais, das repúblicas, porque a organização política de uma república se assemelha mais à de uma monarquia determinada que a de outra república; assim, por exemplo a atual república francesa assemelha-se mais à monarquia belga do que à república dos Estados Unidos da América do Norte ou às da América meridional".[14]

a) *Monarquia absoluta e monarquia constitucional*[15]. Historicamente, a forma mais acentuada da autocracia é a monarquia absoluta, conforme ocorrera na Europa no século XVIII, no Oriente em períodos diversos e entre os povos mais diferentes. É uma forma de governo também chamada de despotismo, cuja ordem jurídica é fruto da criação e aplicação do monarca ou por órgãos designados por ele mesmo.[16] O monarca não assume responsabilidade, não está subordinado à lei, não está, consequentemente, sujeito a sanções jurídicas de qualquer espécie. A sucessão é hereditária ou por nomeação dele próprio.

Na monarquia constitucional, o poder do monarca é restringido, no campo da legislação, pela participação de um parlamento composto normalmente por duas câmaras; quanto à administração da justiça encontra limites na independência do Judiciário e na administração, na cooperação dos ministros do gabinete. Via de regra, estes últimos são os chefes das diferentes ramificações da administração. O monarca os nomeia, mas são responsáveis ante o Parlamento. Têm uma responsabilidade jurídica e política. A primeira é com relação à Constituição e às leis, no exercício de suas funções.

Uma das câmaras do Parlamento atua como acusadora e a outra como tribunal, ou ambas têm o direito de iniciar uma ação perante um tribunal especial, contra um ministro do gabinete.

A responsabilidade política do ministro é no sentido que deve renunciar quando perde a confiança de alguma das câmaras. O monarca não é responsável, mas nenhum ato seu é válido sem o "referendum" de um ministro responsável. Os juízes e os funcionários administrativos são nomeados pelo monarca. Este é o comandante, chefe das forças militares e representa o Estado, com relação a outros Estados. Conclui tratados internacionais, mesmo quando estes exigem a aprovação do Parlamento.

Com o surgimento das monarquias constitucionais, o rei continuava governando, mas sujeito a limitações jurídicas, estabelecidas na Constituição. "Com a adoção do parlamentarismo pelos Estados Monárquicos, o monarca não mais governa, mantendo-se apenas como Chefe do Estado, tendo quase que só atribuições de representação, não de governo, pois este passa a ser exercido por um Gabinete de Ministros".[17]

b) *Dualismo executivo*. Esta é uma característica de várias democracias constitucionais de hoje. O dualismo entre a coroa ou o presidente e o governo ou gabinete, sustentáculo da monarquia limitada constitucionalmente, do princípio do século XIX, e imitado no estabelecimento da república parlamentar.[18]

Temos então um Chefe de Estado e um Chefe de Governo.[19] O primeiro, monarca ou presidente, não participa das decisões políticas, exercendo preponderantemente uma função de representação do Estado. É uma figura importante, atua como vínculo moral do Estado, colocado acima das disputas políticas, com papel relevante nos momentos de crise, indicando um novo Primeiro-Ministro à aprovação do Parlamento. Difícil tarefa nos sistemas pluripartidários, dada a dificuldade da escolha de alguém em condições de compor um Gabinete que seja aprovado pela maioria parlamentar.

O Chefe do Governo exerce o poder executivo. Apontado pelo Chefe do Estado, torna-se Primeiro-Ministro, após aprovação do Parlamento. Muitos o consideram um delegado parlamentar.

Na transição espanhola, para exemplificar, passou-se da monarquia absoluta para a monarquia limitada constitucionalmente.[20]

Conforme a Lei de Organização do Estado (LOE), lei fundamental, o Rei

Juan Carlos I era o novo Chefe de Estado, sem as prerrogativas de Franco, e via-se submetido a limitações formais. A soberania era exercida até então pelo Estado através de seus órgãos. Esta situação só iria mudar a partir da Lei de Reforma Política, em 4 de janeiro de 1977.

A questão secular, Monarquia-República, segundo Morodo, dificilmente resolver-se-ia na Espanha de forma satisfatória, sem o complexo processo de consenso que, entre as diferentes forças políticas, acentuadamente as da esquerda, se foi realizando desde o início da transição.[21]

Mas este consenso levou à definição expressa no § 3º do art. 1º da Constituição de 1978: "A forma política do Estado espanhol é a Monarquia Parlamentar", o que é uma novidade porque não existe no direito constitucional comparado uma formulação igual, como forma de Estado. Isto porque as Constituições dos sistemas democráticos monárquicos ocidentais ou não definem em uma fórmula expressa sua forma de Estado ou de Governo, limitando-se a regular as competências das respectivas instituições do Estado e suas relações entre si, ou falam de monarquia como forma de governo ou forma de Estado, mas sem acrescentar adjetivos que a concretizam como formas específicas de governo.[22]

A adoção da Monarquia Parlamentar ocorreu como solução de um dos grandes temas do Pacto de Moncloa no trânsito à democracia.

9.2. Democracia

A preocupação é entender o que é a democracia, se existe uma democracia, se pode haver uma democracia controlada, como foram e são aplicados esses conhecimentos.

Diante de uma questão complexa, iniciamos com a lição de André Hauriou: "Quando se aborda o estudo da democracia, a humildade, na investigação e sobretudo nas conclusões, deve guiar nosso caminho. A este propósito, é necessário meditar a reflexão de Alain: 'Conheço alguns bons espíritos que tratam de definir a democracia. Eu trabalhei muito sobre isso, sem chegar a dizer outra coisa que 'pobrezas', as quais na melhor das hipóteses não resistem a uma severa crítica'" (*Politique*, 1962, p. 9). [23]

Já em Aristóteles, encontramos cinco espécies de democracia:[24] a primeira, tendo como fundamento a igualdade; a segunda, que as magistraturas sejam dadas conforme um censo determinado; a terceira é a

que admite às magistraturas todos os cidadãos incorruptíveis; segundo a quarta, todo habitante, contanto que seja cidadão, é declarado apto a gerir as magistraturas e a soberania é firmada na lei. Na quinta são mantidas as condições, sendo a soberania transportada da lei para a multidão.

a) *O modelo ateniense é o da democracia direta.* O supremo poder era atribuído a todos os cidadãos. Todo cidadão ateniense tinha o direito de participar, usando da palavra e votando na assembleia, onde se tomavam as decisões políticas fundamentais. Mas a qualidade do cidadão que presumia a liberdade era hereditária, não cabendo senão a filho de ateniense, exceto atribuição a determinados estrangeiros, dessa qualidade, por decisão expressa da assembleia.[25] Era uma forma possível apenas em Estados de exíguo território e reduzida população, que permitisse a reunião, em assembleia, de todos os cidadãos, sendo colocada como curiosidade, até as revoluções liberais do fim do século XVIII.

Em Rousseau encontramos que "somente é legítimo o governo em que o supremo poder cabe à vontade geral, resultante dos votos de todos os cidadãos".[26] Este se opunha à possibilidade de representação da vontade geral.

b) *Democracia representativa*. Toma-se aqui a ideia de Montesquieu, admitindo que somente alguns têm capacidade de tomar decisões; seria a escolha dos melhores para representar os demais. No clássico *Do espírito das leis* está bem clara a recomendação de que o poder legislativo seja confiado a duas câmaras, uma das quais representativa do povo.[27]

Na América do Norte e na França, a Democracia encontra na representação a forma de fazer valer a vontade popular. Sieyès foi o teorizador do mandato representativo e da soberania nacional.[28] Para ele, a Nação, que não se confunde com povo, exprime os interesses permanentes de uma comunidade. Esta Nação, entidade abstrata, tem necessidade de representantes para manifestação de sua vontade e exercício do poder. Ao povo, aquele a quem a vontade da Nação conferiu direitos políticos, compete tão somente eleger os seus representantes. Daí decorrem os dois princípios das primeiras democracias, que são o sufrágio censitário e representação nacional. Sieyès não era adepto da democracia, à qual opunha o governo representativo, o que parece incoerente.

Era distinta a democracia representativa do que Aristóteles e os antigos entendiam como Democracia.[29]

A representação moderna não se prende às decisões da comunidade, mas o representante é que toma as decisões. A comunidade confia nele. Não poderá ouvir seus eleitores, mas fará o que lhe pareça certo. O povo escolhe os mais capazes, que o representam sem ouvi-lo. Se assim não fosse, o escolhido, mais capaz, teria que ouvir os menos capazes. O representante deve agir de acordo com a sua consciência, tendo em vista o interesse geral.

Surgiu a questão: Democracia representativa é verdadeiramente democrática? Como fazer a Democracia representativa realmente democrática? Paralelamente aparece o problema da transformação do mandato em profissão.

c) *Democracia liberal.* Esta é liberal e representativa. O povo não pode tudo, mas até o limite das liberdades individuais. Prevalece a autonomia, a liberdade de agir segundo a própria determinação, resultando das famosas Declarações de Direitos. Cada um cuidando de si, acaba cuidando do interesse de todos. Tem um modelo hierarquizado, socialmente, em função da riqueza. Esta era vista, no século XIX, como mérito ao trabalho e ao esforço.

No quadro político, este pensamento leva ao Estado a missão de assegurar as condições de competição. Ao manter a ordem, o Estado está garantindo a liberdade. A liberdade deve ser garantida contra o Estado que deve proteger a liberdade. Desta forma, chegamos ao Constitucionalismo, movimento nascido no século XVIII, que garantia a liberdade contra o Estado e, assim, sujeitando este ao direito; é o Estado de Direito. Se não houver garantias de liberdade e separação de poderes, não haverá Constituição.

A definição de lei é posta como fonte de todas as obrigações, de onde se verifica o princípio da legalidade. A lei coordena a liberdade e deve ter um conteúdo de justiça.

A Democracia Liberal tem como mecânica a representação e desta decorre o caráter democrático.

d) *Democracia pelos partidos*. O governo por representantes tornou-se uma forma oligárquica, porque o povo, ao escolhê-los, não lhes fixava uma orientação. Esta situação provocou a procura de um novo modelo para a realização da Democracia, que foi a democracia pelos partidos.[30]

A ideia desta fórmula era a de transformar a eleição de uma escolha de

homens em eleição de representantes com uma orientação geral de governo. Os partidos dariam o sentido de escolha entre programas de governo e de homens vinculados à sua realização. Os eleitos seriam os homens escolhidos pelos partidos para fielmente cumprir seus programas.

Este modelo também encontra dificuldades na realização do governo democrático, o do povo, pelo povo, para o povo. Os desníveis sociais levam a interesses distintos. Com a necessidade de conquistar votos, os partidos têm programas abrangentes, procurando agradar a todos. A democracia pelos partidos não chegou a alterar significativamente o caráter oligárquico das democracias. O partido torna-se instrumento do poder econômico.

e) *Democracia social.* Nesta, o governo é democrático para proteger a sociedade. Há uma igualdade de condições de fato mas não de talento e esforço: Na segunda metade do século e início do século XX, era necessário corrigir as desigualdades entre os homens. A reivindicação de diminuição das desigualdades contou com participação da doutrina social da Igreja. O bem comum era visto como uma vida digna, cuja condição era a paz ou a tranquilidade da ordem. Buscavam-se os meios para que o homem tivesse uma vida digna. A posição da Igreja era contrária ao liberalismo. A função social da propriedade deveria ser no interesse de todos.

Essas ideias levaram na Segunda Guerra Mundial à democracia social que ainda se vive. O Estado-providência veio a zelar pelo homem na terra. Esta é a concepção prevalente na democracia social. Procuram-se eliminar os privilégios econômicos derivados da fortuna e da condição social que cada um exerce. O instrumento preferido é o imposto para, a final, distribuição e atenuação. Devem-se dar a todos condições mínimas de vida; dar a todos iguais oportunidades. Que não seja o ponto de partida tão diferente que não permita competir. Não se deve eliminar que cada um cuide de si, mas o faça com a proteção do Estado. A intervenção do Estado é variada ou multiforme: no ensino, no domínio econômico, empresas de economia mista e empresas públicas. Mas há necessidade de planejamento.

Esta versão é moderada e está presente em quase todo o mundo ocidental. O princípio é liberal e a exceção é o controle, exatamente ao contrário da versão radical da Democracia Social.

Entretanto, ocorre algum sacrifício à liberdade e quem não se conforma “há de indagar qual modelo novo irá assegurar a liberdade com o bem-

estar”.[31]

f) *Democracia participativa*. Verifica-se através do plebiscito, do “referendum” e da iniciativa legislativa popular. No primeiro caso, é também considerado democracia indireta, democracia “plebiscitária ou cesarista” e, nos outros dois casos, “semidireta”, com possibilidade de o povo intervir diretamente na tomada de decisões políticas, como ocorre na Suíça. [32]

No caso de iniciativa popular, normalmente as condições impostas são de tal forma difíceis que, mais fácil do que a quantidade de assinaturas necessárias, seria procurar um representante. Essa participação direta não altera a democracia representativa, porque muitas vezes são inócuas.

g) *Democracia marxista*. A corrente igualitária ganhou impulso com a difusão dos ideais socialistas. Prega-se a igualdade no modo e nas condições de vida. É a luta pela igual satisfação de todas as necessidades de todos os homens.[33]

Resultam, do exposto, as dificuldades que encerram a democracia. A democracia, “governo do povo, pelo povo e para o povo”,[34] na definição de Abraham Lincoln. Democracia que leva ao parodoxo: “a Democracia está em toda parte, a Democracia não existe em parte alguma”.[35]

A democracia permanece como um “ideal de organização justa da sociedade política. Afirmar a democracia – tanto em seu aspecto instrumental como em seu aspecto ideal – é reconhecer, humildemente, que, se o aperfeiçoamento constante das sociedades é possível e necessário, a perfeição completa é inatingível”.[36]

Robert Dahl faz uma distinção entre democracia como um sistema ideal e o arranjo institucional, que vem a ser considerado como uma espécie de aproximação imperfeita de um ideal, espécie esta que denomina poliarquia. Poliarquia que deve ser alcançada, como ponto de partida para aquela que se considera, por enquanto, um ideal a alcançar.[37] No estudo que leva a esta conclusão, apresenta sete fatores condicionantes da democracia, os quais o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho resumiu nos quatro fatores condicionantes da ordem política:[38] os fatores históricos e psicossociais, os econômicos, os sociais e os políticos.

No mesmo sentido, o professor Dalmo de Abreu Dallari: “Consolidou-se a ideia de Estado Democrático como o ideal supremo, chegando-se a um

ponto em que nenhum sistema e nenhum governo mesmo quando patentemente totalitários, admitem que não sejam democráticos".[39] Mas, além de resumir o que foi demonstrado nos vários modelos democráticos, destaca três pontos fundamentais na democracia: "supremacia da vontade popular, preservação da liberdade e igualdade de direitos".

Depreende-se que a democracia pura ficará para o passado sem ter tido presente. O próprio Rousseau já previa: "Rigorosamente falando, nunca existiu verdadeira democracia nem jamais existirá".[40]

Democrático, então, não é aquele que realiza plenamente o governo do povo, pelo povo e para o povo, atingindo todo o conjunto de condições, mas aquele que tem em seu âmago a perseguição do ideal de democracia.

Qual a forma adotada pela Espanha? Qual o ideal de democracia pretendido e como foi conquistado?

Falou-se, de início, no exemplo espanhol, em democracia controlada pela situação; por outro lado, a oposição impunha uma democracia plena.

"O trono representativo do Rei J. Carlos é a classe de harmonia e da cooperação que há de conciliar ali os distintos grupos nacionais de vocação autonomista".[41] Com esta afirmação, exalta-se o sistema de representação e unidade do Estado.

Com Pedro de Vega Garcia, verificamos que o sistema espanhol acolhe os três princípios básicos do constitucionalismo: o democrático, o liberal e o da supremacia da Constituição.[42]

A Espanha, após quarenta anos, procurava o seu modelo. Mas as interpretações não eram unânimes. Fraga, por exemplo, dizia que: "O sistema de representação leva a uma democracia débil e partidocrática. Uma nova ocasião perdida, em uma Espanha que não tinha um grave conflito exterior, nem uma guerra civil ou golpe de Estado, como antecedente, e que havia superado os níveis mínimos de subsistência física e cultural".[43] Mesmo assim aconselhava a aplicação da Constituição ressaltando, como mais importantes, os costumes de cidadania e o nível ético da classe dirigente.

Estas afirmações eram contestadas. Embora reconhecendo que nenhuma das forças que haviam participado na elaboração da Constituição estava plenamente satisfeita, e aí considerava sua principal virtude, Jordi Sole Tura, comunista, dizia que a Constituição não era a de um partido ou alguns

partidos contra a de outros, mas uma Constituição que refletia o propósito de todos de colocar em marcha e consolidar uma democracia, ainda muito frágil.[44] Demonstra ele consciência da realidade, mas mantinha o ideal que, unido às outras forças, deveria perseguir. Estas últimas são posições antagônicas, uma vez que Fraga representava o franquismo, mas ambas respeitando a supremacia da Constituição. Consagrava-se o regime monárquico, parlamentar[45]. A vontade popular através do sistema representativo.

Um regime de concorrência, da Constituição, do pluralismo dos grupos sociais, do Estado de partidos.[46] Mas era também uma social-democracia um "Estado social e democrático", com a igualdade entre suas metas, que corresponde ao poder político promover; é uma igualdade formal perante a lei; respeitando o direito de propriedade privada e a herança, ainda que, com limites sociais e mantendo a economia de mercado, livre.[47] Enfim, um Estado social democrático, onde o povo exercia sua soberania através de representantes.

9.2.1. Soberania do Estado e soberania popular[48]

A soberania do Estado é uma questão complexa, que pode ser enfocada sob o ponto de vista do direito internacional ou do direito interno. Evoluiu com o tempo e o que se apresentava inicialmente com caráter puramente político transformou-se progressivamente em uma noção jurídica.[49]

A concepção política da "soberania foi criada por Bodin nos "Seis Livros da República", publicados em 1576. República entendida na acepção mais antiga, "de Governo, independentemente de sua forma, numa figura de linguagem em que se tomava o objeto, a coisa pública (em latim, *res publica),* o interesse comum, pelo órgão que dela cuidava".[50] Estabelece uma equivalência entre soberania e independência absoluta. "A soberania é a força de coesão, de união da comunidade política, sem a qual esta se desfaria. Ela cristaliza o intercâmbio de 'comando e obediência', imposto pela natureza das coisas a todo grupo social que quer viver. É o 'poder absoluto e perpétuo de uma República'".[51]

No século XVI e, principalmente no reino da França, procurava-se, também, afirmar a supremacia da Coroa sobre os grandes feudatários.[52] Significa que o Estado está livre de todo tipo de subordinação diante de qualquer outro poder. Tem importância pela época em que se formulou, mas

foi substituída progressivamente por outra.

A concepção jurídica da soberania do Estado consiste em admitir que a soberania é a propriedade dos poderes do governo. São poderes ou direitos de legislação e regulamentação, de política, de justiça, de emitir moeda, de manter exército etc.

a) *Soberania popular e soberania da nação*. A primeira foi apresentada entre nós, nas mãos do povo, como: "uma conquista feita pelos nossos antepassados e significa que, entre nós, o povo não é escravo de um senhor absoluto, mas que ele, povo, é que é o senhor de si mesmo e do seu destino".[53]

É no final do século XVIII, na França, que surgem as duas teorias famosas: a da soberania popular, formulada por Jean-Jacques Rousseau, em *O contrato social* – a produzida por cada membro da sociedade que possui uma parte dela e a da soberania nacional elaborada por Sieyès, no *Que é o Terceiro Estado,* onde a soberania é o atributo de uma pessoa moral, a Nação. Para Sieyès, nenhum indivíduo é detentor de qualquer parcela de soberania; a soberania pertence a todos, à comunidade, à nação; ela é, por isso, indivisível.[54]

A teoria da soberania nacional propõe-se a responder a questão: a quem pertence a soberania no Estado, ou seja, o poder de mandar?

Até o século XVIII a soberania era real. O rei recebia o poder de Deus e, ao recebê-lo, a ele pertencia e o detinha como proprietário. A partir do final do século XVIII, a soberania nasce de um ato, que é o contrato social, e passa a pertencer necessária e originariamente aos signatários do citado pacto, que são o conjunto de indivíduos que compõem a nação.

A nação é tomada como entidade, pessoa moral. Não se confunde com povo, no sentido de cidadãos que vivem no território nacional em um determinado momento. Engloba, ao mesmo tempo, o passado, o presente e o futuro. Compõe-se não só dos vivos, mas também dos mortos e dos que estão para nascer.[55] Esta foi a forma de entender a soberania adotada por Sieyès.

b) *Transmissão da soberania.* Na combinação das duas concepções de soberania, um elemento sobreviveu com muita força: o da transmissão da soberania, tanto da Nação-Pessoa como do conjunto dos cidadãos, à Assembleia de representantes. É a Assembleia que vota a lei, expressão

da vontade popular. Para Maurice Hauriou, que não faz distinção entre soberania popular e soberania nacional, o que impulsa a doutrina da soberania parlamentar é a teoria da "emanação", combinada com a de "delegação".[56] Emana do povo que delega aos representantes.

9.2.2. Pluralismo

O pluralismo "significa uma variedade de complexos sociais de poder, firmemente organizados, que se estendem ao âmbito inteiro do Estado, quer dizer, tanto aos diversos setores da vida pública como também ao âmbito dos Territórios e aos organismos autônomos das comarcas, complexos que, como tais, apoderam-se dos organismos representativos do Estado, sem cessar, por isso, de serem estruturas meramente sociais (ou seja, não políticas)".[57] O pluralismo designa a vontade pública.

Conforme Miguel Reale,[58] o Estado pluralista democrático é um tipo, "cujo ordenamento jurídico resulta de um complexo de relações entre as partes e o todo e vice-versa, num sistema unitário que atenda, ao mesmo tempo, o que há de específico e próprio nos indivíduos e nas associações, os valores reconhecidos por 'exigência do todo' como condição de realização de uma comunidade concreta".

Quando se aceita a sociedade pluralista, enfrenta-se o confronto dos interesses e das ideologias, o pluripartidarismo, as eleições disputadas etc. No caso de uma sociedade unânime, recusa-se a discussão, o diálogo, há apenas um partido único e as eleições não são disputadas etc.[59] Nos estados autoritários, a negação do pluralismo liberal vinculada em numerosas ocasiões à existência do partido único levou a uma limitação dos direitos das minorias ou a uma substancial eliminação destas. Nestes ordenamentos, às vezes, a oposição permanece formalmente consentida, mas quase sempre é considerada anticonstitucional e legalmente perseguida. [60]

a) *Pluralismo democrático.* O Estado democrático pré-configurado para a Constituição baseia-se na concepção pluralista de democracia, a qual supõe que a sociedade formada por diversos grupos, que devem ser reconhecidos e podem participar no governo da sociedade.[61] É um pluralismo democrático geral, algo mais do que o pluralismo simplesmente político. Envolve, desta maneira, um pluralismo cultural, considerando-se os diversos símbolos, próprios de cada comunidade. Um pluralismo político, que consagra a convicção de que os partidos

políticos, de direito, são instrumentos para a participação política. Um pluralismo social com reconhecimento dos sindicatos de trabalhadores, das associações de empresários, dos colégios profissionais e das associações em geral.[62]

O pluralismo é uma realidade que existe, pelo próprio jogo da democracia constituída e, ao mesmo tempo, um valor que o Estado tem obrigação de defender e considerar como objetivo permanente a reforçar.[63] Deve ser preservado pela própria liberdade, conforme veremos no item seguinte.

9.2.3. Liberdade e igualdade

Está no centro das cogitações democráticas a busca de um conceito de liberdade.[64] Esta pode ser encarada de formas diferentes. Assim, temos nos ensinamentos de Benjamin Constant: a liberdade dos antigos com a participação nas decisões políticas, uma participação ativa no poder coletivo[65] e a liberdade dos modernos, a liberdade-autonomia, traduzida pela ausência de constrangimento, por um sentimento de independência física e espiritual. [66]

Para Montesquieu, "a liberdade política, num cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança; e, para que se tenha esta liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo que um cidadão não possa temer outro cidadão".[67]

Conforme Raymond Aron, não se conhece outra forma de liberdade política do que aquela que prolonga a tradição burguesa e se expressa através de eleições, da representação, da concorrência dos partidos e das formas constitucionais.[68]

"Na realidade, se a liberdade política por si só não basta, também é indubitável que sem ela tudo se mostra precário e vacilante".[69]

Sob vários aspectos pode-se analisar a liberdade, mas não podemos nos afastar da função primordial da liberdade política, que consiste em "preservar a pluralidade, sem a qual a liberdade não chega sequer a constituir um problema".[70]

a) *Liberdade política e liberdades individuais.* A primeira é o direito de todos os cidadãos de participar no governo do Estado e inclusive de proporcionar os governantes. As outras, as civis, são as diversas faculdades que permitem aos cidadãos ou indivíduos realizar com

independência e eficácia seu destino pessoal em uma sociedade organizada.[71]

Os direitos políticos, as liberdades da vida política, são aqueles que se manifestam, como expressão da soberania nacional, através do voto nas eleições, da elegibilidade, adesão a um partido político. Estes direitos procedem da ideia de liberdade política e da liberdade individual e por seu caráter misto, são concedidos àqueles que têm idade para exercê-los.

Os direitos, liberdades individuais, têm como ponto de partida as definições dadas pela "Declaração de Direitos" de 1789: "Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique a outro; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem mais limites que os que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites não podem ser determinados, senão pela lei. Art. 5º A lei só tem o direito de proibir as ações prejudiciais à sociedade. Tudo aquilo que não esteja proibido pela lei não pode impedir-se a ninguém, e a nenhuma pessoa pode-se obrigar a fazer aquilo que a lei não ordene".

Conclui-se que há uma submissão voluntária à ordem, mas não a uma ordem totalitária, porque esta excluiria a liberdade; a liberdade é um poder de decisão ou de autodeterminação.

Desta exposição, chegam-se a vários conceitos e definições de Liberdades Públicas, de diversos autores, das quais apresentaremos algumas:[72] "Liberdade pública é toda e qualquer faculdade do cidadão, reconhecida e garantida pela Constituição ou, pelo menos, pela lei" (WALINE, Marcel. *Droit Administratif*. 9. ed. 1963. p. 651). "Liberdades Públicas são os limites do poder de polícia. Liberdade de consciência, liberdade de reunião, liberdade de imprensa, liberdade de associação, liberdade de trabalho, constituem o que se convencionou denominar de liberdades públicas; liberdades necessárias, durante muito tempo reclamadas, penosamente e incompletamente conquistadas sobre o domínio outrora indefinido da política" (BERTHÉLEMY, Henri. *Traité Elementaire de Droit Administratif*. 9. ed.. 1920. p. 246).

E o professor José Cretella Júnior assim as define: "Liberdades públicas são faculdades de autodeterminação, individuais ou coletivas, declaradas, reconhecidas e garantidas pelo Estado, mediante as quais os respectivos titulares escolhem modos de agir, dentro de limites traçados previamente

pelo poder público".[73]

As liberdades individuais são apresentadas em diversas classes. André Hauriou distingue, nas liberdades da vida civil, as primárias das secundárias.[74] As primeiras são liberdades físicas de ir e vir, a segurança, as liberdades de família, a propriedade privada, a liberdade de pactuar e de contratar e a liberdade de empresa. As outras são as liberdades de consciência e cultos, a liberdade do ensino, a liberdade de empresa e informação, a liberdade de reunião, a liberdade de associação e a liberdade sindical.

Outra classificação é a que leva em consideração o objeto imediato.[75] Os direitos explicitamente consagrados na Constituição brasileira agrupam-se em três categorias, de acordo com esta classificação:

"I – Direito cujo objeto imediato é a 'liberdade': de locomoção, de pensamento, de reunião, de associação, de profissão, de ação, sindical, de greve.

II – Direitos cujo objeto imediato é a 'segurança': os direitos subjetivos em geral, em matéria penal, do domicílio e em matéria tributária.

III – Direitos cujo objeto imediato é a 'propriedade': em geral, artística, literária e científica."

b) Igualdade. A questão da igualdade também nos conduz a conceitos variados. A qual deles nos referimos: Qual e como foi aplicado? Igualdade real? Igualdade de direitos?

Sob o ponto de vista da natureza, os homens são desiguais com relação ao vigor físico, aptidões intelectuais ou em valor moral. Em consequência, movimentos filosóficos e religiosos como Rousseau propõe, antes da fundação da sociedade e ainda no "estado de natureza", o princípio da igualdade natural e essencial dos homens. Resulta disto que, através do contrato social, pelo qual cada um dá tudo para receber tudo novamente, os indivíduos, outrora sós, encontram-se agora em sociedade, mas desfrutam todos das mesmas liberdades com os mesmos direitos. Este mito do estado de natureza e do contrato social pouco leva em consideração a evolução histórica, tanto com relação à fundação do Estado como à origem da soberania ou o fundamento das liberdades individuais, mas sobrepõe à realidade e coloca-se sob o ponto de vista do que deveria ser; apresenta-se como um poderoso fator da evolução, inclusive de democratização, graças à

ideia da igualdade, que se encontra na raiz do sistema e que coincide com a "ideia força" mais atuante da democracia.[76]

Essa foi a igualdade da "Declaração de Direitos" de 1789 e da Constituição francesa de 1791: "Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais não podem basear-se senão na utilidade comum".

A afirmação de que o grau de liberdade dentro da sociedade está em proporção com o número dos indivíduos livres implica a tese de que todos os indivíduos têm um valor político igual e cada um possui o mesmo direito à liberdade, a mesma pretensão de que a vontade coletiva concorde com sua vontade individual. Somente quando é indiferente que um ou outro seja livre neste sentido, por serem todos politicamente iguais entre si, justifica-se buscar a liberdade do maior número, e é decisiva a liberdade do maior número. O princípio da maioria e a ideia da democracia são uma síntese das ideias de liberdade e igualdade.[77]

A liberdade e a igualdade são os dois princípios fundamentais da democracia e são conceituados diferentemente, conforme o ponto de vista.

A primeira opção histórica, contemporânea, é a liberal, com as primeiras declarações de direitos e com as primeiras constituições, ao tempo das revoluções francesa e americana.[78] A luta pela igualdade manifesta-se na supressão dos privilégios feudais de que gozavam o clero e a nobreza. Era uma igualdade jurídica, igualdade perante a lei. A igualdade de condições de vida acarretava restrições à autonomia individual e, por isso, era evitada.

Ao contrário da democracia liberal, a corrente igualitária difundia os ideais socialistas, da democracia marxista. A igualdade era importante, mas não a igualdade perante a lei, e sim uma igualdade no modo e condições de vida. Era uma luta pela igual satisfação de todas as necessidades de todos os homens.

Entre as duas opções, temos uma democracia providencialista, também chamada de democracia econômica e social. Predomina a liberdade de todos, que só pode ser alcançada pelo Poder. Mas esta liberdade é mera aparência se não precedida por uma igualdade de oportunidades, decorrente de se garantirem a todos as condições mínimas de vida e de expansão da personalidade. A liberdade humana é condicionada pelo meio econômico-social.

A concepção providencialista vivifica, hoje, a democracia representativa

em geral. Nela coexistem a liberdade-autonomia (os direitos individuais) com a liberdade-participação (sufrágio e elegibilidade "universais"), a isonomia com a igualdade de oportunidades (propugnada na ordem econômica e social).[79]

9.2.4. A República Federativa do Brasil

a) *A Crise do Império.*[80] No final do século XIX, a abolição da escravatura, questões religiosas e o progresso material, especialmente nas zonas cafeeiras mais novas, evidenciaram o enfraquecimento e o arcaísmo de uma organização política, centralizadora. Ressurgem, em decorrência, os remotos ideais federalistas.

Para muitos, a reivindicação federal de não centralização era o segmento mais viável do que pleitear a República, que seria alcançada por consequência. As causas, acima apontadas, provocaram descontentamentos, também, em relação à forma de governo. Os fatos favoreceram a antecipação e ambas aconteceram simultaneamente: a República e a Federação.

b) *A República e a Federação.*[81] O Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889, do governo provisório dos, então, Estados Unidos do Brasil, expressa em seu artigo 1º – "Fica proclamada provisoriamente e decretada como forma de governo da nação brasileira – A República Federativa" e no artigo 7º – "Sendo a República Federativa Brasileira a forma de governo proclamada, o governo provisório não reconhece e nem reconhecerá nenhum governo local contrário à forma republicana, aguardando, como lhe cumpre, o pronunciamento definitivo do voto da nação livremente expressado pelo sufrágio popular". Assumiu o governo Marechal Deodoro da Fonseca.

Embora garantidas pela Constituição de 1891, alguns incidentes preocuparam no governo de Floriano Peixoto: na Baía de Guanabara a Armada declarou-se em rebelião contra o novo governo e temia-se pela restauração da monarquia; a revolta no Rio Grande de Sul tinha de um lado os republicanos chamados de pica-paus ou chimangos, que haviam elaborado uma Constituição estadual com ideias positivistas, autoritárias, centralizadoras e de outro lado a oposição dos federalistas ou maragatos que lutavam por mudanças na Lei Maior estadual e por um sistema parlamentarista, sendo acusados de desejar a volta da monarquia.

Mantidas a forma do governo e do estado, permaneceram nas demais Constituições brasileiras de 1934, 1937, 1946, 1967, com a emenda n. 1 de 1969, e 1988.

A de 5 de outubro de 1988 evidencia no Preâmbulo: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”. É um documento que entre os princípios fundamentais, artigo 1º, evidencia a soberania do povo, a dignidade humana, a livre iniciativa, o pluralismo, a redução das desigualdades. Destaca, as listas de direitos fundamentais, uma ordem econômica, Título VII; uma ordem social, Título VIII. O desdobramento destes elementos retrata o conteúdo de uma República (Democracia) e de uma Federação que merece correção e aperfeiçoamento. Assim como vimos quanto ao Estado Federal, democracia com o sistema eletivo proporcional, a fidelidade e a disciplina partidária, a vinculação vertical partidária, o financiamento de campanha, as oligarquias partidárias, a participação popular nas decisões carecem de reparos.

Durante a transição, os partidos políticos, sindicatos, corporações profissionais e associações, assim como em outros países de democracia pluralista, surgem, como os instrumentos organizativos por meio dos quais se traduzem em fatos, a liberdade de opinião e a participação livre e igual dos cidadãos nas distintas formações sociais do Estado.[82]

Há uma crescente ampliação das liberdades políticas: [83] ratificam-se os pactos internacionais sobre os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais; o governo regula o direito de associação política, permitindo a legalização dos partidos, liberais, republicanos, sociais, comunistas e monarquistas. Regula a liberdade de expressão por meio de radiodifusão; dita as regras para eleições das duas casas do Congresso; é feita uma revisão na legislação sobre terrorismo, despenaliza-se o exercício das liberdades políticas e são concedidas medidas de anistia.

A instrumentalização política da economia orienta-se para garantir um

bem-estar generalizado, para que “a liberdade e igualdade do indivíduo e dos grupos, em que se integram sejam reais e efetivas”. Estas condições devem ser conseguidas desde os Poderes Públicos, “facilitando a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social”.[84]

Os direitos e liberdades fundamentais são reconhecidos pela Lei Maior, devem ser respeitados pelos poderes públicos[85] e o Supremo Tribunal Federal, para defesa da Constituição, vem a ser a suprema garantia destes.

Os princípios diretores da política social e econômica só podem ser alegados ante a jurisdição ordinária de acordo com disposições legais que as desenvolvem, mas, em todo caso, a legislação positiva, em geral, a prática judicial e a atuação dos poderes públicos devem reconhecê-los, respeitá-los e protegê-los.

Cumpre salientar que, embora as limitações devam decorrer de lei, estas não podem ser abusivas e a Constituição exige que tais limitações, expressas ou implícitas, respeitem seu texto essencial e suas cláusulas pétreas.

Referências

ABADIA, Jesus Lalinde. Ubicación historica de la Constitución de 1978. In: *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*. Zaragoza: Libro Pórtico, 1979. 488 p.

ARISTÓTELES. *A Política*. Coleção Universidade. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Ed. Tecnoprint. 354 p.

ARON, Raymond. *Democratie et Totalitarisme*. Paris: Gallimard, 1965. 374 p.

_____. *Essai sur les libertés*. Paris: Librairie Genérale Française, (Pluriel), 1965. 251 p.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo.* Rio de Janeiro: Forense, 1986. 362 p.

BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. 361 p.

_____. *Constituição e Constituinte*. Fortaleza: Univ. Fed. do Ceará, 1985. 657 p.

BUSHATSKY, José. *Direito Constitucional Comparado I - O Poder Constituinte*. São Paulo: Edusp, 1974. 198 p.; 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 204 p.

_____. *Sete Vezes Democracia*. São Paulo: Ed. Convívio, 1977. 181 p.

CAMPOS, Raymundo. *História do Brasil*. São Paulo: Atual Editora, 1983. 254 p.

CASANOVA, José Antonio González. Las Comunidades Autónomas en la Constitución de 1978. In: *La Constitución Española de 1978 y el Estatuto de Autonomia del País Vasco*. Oñati: Inst. Vasco de Estúdios de Administración Pública, 1983. 138 p.

_____. Las asociaciones de acción política em la España Contemporánea. Tubingen: *Festschrift für Karl Loewenstein*, 1971. 141 p.

_____. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Barcelona: Ariel, 1980. 1100 p.

CENDON, Antonio Bar. La "monarquia parlamentar" como forma política del Estado español según la Constitución de 1978. In: *Estudios sobre la Constitución Espanõla de 1978*. Zaragoza: Libro Pórtico, 1979. 488 p.

CHEVALLIER, Jean Jacques. *As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a Nossos Dias*. Tradução de Lydia Christina. Rio de Janeiro: Agir, 1976. 440 p.

CINTRA, Assis. *Escândalos da República*. São Paulo: Ed. J. Fagundes, 1936. 192 p.

CRETELLA JR., José. *Liberdades Públicas*. São Paulo: José Bushatsky, 1974. 241 p.

DAHL, Robert A. *Polyarchy.* New Haven: Yale University Press, 1979. 257 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. 90 p.

_____. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1972. 255 p. [20. ed. 1998. 307 p.]

DUVERGER, Maurice. *Les Partis Politiques*. 3. ed. Paris: Armand Colin, 1958. 476 p.

ELAZAR, Daniel J. *Exploring Federalism*. The University of Alabama Press, 1987. 335 p.

_____. *Exploración del Federalismo.* Tradução de Josep Ma. Solé

Alseda. Barcelona: Hacer Editorial, 1990. 381 p.

_____. *The Politics of American Federalism*. Lexington. Massachusetts: Raytheon, 1969. 220 p.

_____. *Federalism and the way to Peace*. Ontario: Institute of Intergovernmental Relations, 1994. 170 p.

ESTEBAN, Jorge de.; GUERRA, Luís Lopes. *El Regimen Constitucional Español*. Barcelona: Labor, 1980. 352 p.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *O Poder Constituinte do Estado-Membro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. 289 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. 334 p.; 15. ed., 1986. 337 p.; 22. ed., 1995. 322 p.; e 32. ed., 2006. 396 p.

_____. *A Reconstrução da Democracia*. São Paulo: Saraiva, 1979. 230 p.

_____. *A Democracia Possível.* São Paulo: Saraiva, 1978. 129 p.

_____. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1977. 248 p.

Os Partidos Políticos nas Constituições Democráticas. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, 1966. 183 p.

FLEINER, Thomas. *Asymmetric federalism. Conference for the table, organized by the Associação Brasileira dos Constitucionalistas*. São Paulo: Inst. Pimenta Bueno, 2 e 4 abril de 1998. 8 p.

GARCIA, Maria. *Por uma Nova Federação* (Coordenador: Celso Bastos). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 105 p.

GARCIA, Pedro de Veja. Constitución y Democracia. In: *La Constitución Española de 1978 y el Estatuto de Autonomia del País Vasco*. Oñati: Instituto Vasco de Estudios de Administración Publica, 1983. 138 p.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist*. 3. ed. Wesley University Press, 1987. 672 p.

HAURIOU, André. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Tradução espanhola. Barcelona: Ariel, 1980. 1100 p.

HERÓDOTO. *História*. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985. 613 p.

IRRIBARNE, Manuel Fraga. *La Constitución de 1978, a vista de Ponente, Documentación Administrativa, n.180*. Madrid: Presidência del Gobierno,

1978. 1140 p.

KATZ, Ellis. *American Models of Revolutionary Leadership, George Washington and other Founders*. Lanham: University Press of America, 1992. 254 p.

_____. *Federal Systems of the World*. Essex: Longman Group Limited, 1994. 364 p.

_____. *The complete American Constitution: State Constitutions and Constitutional law in the American Federal System*, prepared for delivery at National Convention on Constitutional Rights, Brasilian Association of Constitucionalists. São Paulo: Inst. Pimenta Bueno, 31 August 1996.

KATZ, Ellis; TARR G. Allan *et al*. *Federalism and Rights.* Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 1996. 208 p.

_____. *Asymmetrical Aspects of American Federalism*. Paper, 1997. 11 p.

KELSEN, Hans. *Teoria General Del Derecho Y Del Estado*. Tradução de Eduardo Garcia Máynez. México: Textos Universitários, 1983. 477 p.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984. 484 p.

LAMAS, Juan Rivero. Los sindicatos y la acción sindical en la Constitución. In: *Estudios sobre La Constitución Española de 1978*. Zaragoza: Libros Pórtico. 488 p.

LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power and the Governmental Process*. 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1965. 464 p.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sistema Tributário na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. 307 p.

MIRANDA, Jorge. *Constituições de Diversos Países.* Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1979. 2 v. p. 365 e 398.

_____. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. t. III. 272 p.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O Espírito das Leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Universidade de Brasília,1982. 712 p.

MORODO, Raul. *La transición política*. Madrid: Tecnos, 1985. 233 p.

MOSCA, Caetano. *Historia de las Doctrinas Políticas*. Tradução de Luis Legaz Lacambra. Madrid: Ederse, 1984. 279 p.

PECES BARBA, Gregorio. *La Constitución Española de 1978*. Valencia: Fernando Torres, 1984. 414 p.

PECES BARBA, Gregorio; TRIBARNE, Manuel Fraga; TURA, Jordi Sole. *La Nueva Constitución Española desde la Filosofia del Derecho*. Documentación Administrativa, La Constitución Española de 1978, n. 180, extraordinário. Madrid: Out./Dez. 1978. 1140 p.

PLATÃO. *Diálogos. A República*. Tradução de Leonel Vallandro. Rio de Janeiro: Ediouro. 281 p.

PRADO, Hamilton. *Que é Política*? *Como Julgar os Políticos*? São Paulo: Revista dos Tribunais, 1950. 63 p.

RAMIREZ, Manuel. Participación y pluralismo en la Constitución de 1978. In: *Estudios sobre La Constitución Española de 1978*. Zaragoza: Libros Pórtico, 1979. 488 p.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. *Remédios Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Angelotti, 1993. 61 p.; 2. ed. São Paulo: WVC, 1998. 63 p.

_____. *Autoritarismo e Democracia – O Exemplo Constitucional Espanhol*. São Paulo: Acadêmica, 1988. 96 p.; 2. ed. São Paulo: WVC, 1998. 116 p.

_____. *O Controle de Constitucionalidade por via de Ação*. São Paulo: Angelotti, 1994. 178 p.; 2. ed. São Paulo: WVC, 1998. 204 p.

_____. *O Federalismo Assimétrico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 234 p.

_____. *A Federalização das Novas Comunidades: a questão da soberania*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 212 p.

REALE, Miguel. *Pluralismo e Liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963. 296 p.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social e outros Escritos*. Tradução de Ronaldo Roque da Silva. São Paulo: Cultrix. 247 p.

SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Representação no Estado Representativo Moderno*. Tradução de Ernesta Gaetani e Rosa Gaetani. Belo Horizonte: Estudos Políticos, 1968. 141 p.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Tradução de Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1982. 258 p.

SCHMITT, Nicolas. *Financial Equalization in Switzerland... Is Asymmetry without Compensation the death of Federalism? (Switzerland)*. Prepared for Presentation at the XVI World Congress of International Political

Science Association (IPSA). Berlin, August 21-25, 1984.

SCHWARTZ, Bernard. *O Federalismo Norte-americano Atual*. Tradução de Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1984. 77 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. 2a tiragem. 756 p.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *"Consensus" no Constitucionalismo Ocidental.* Tese de doutorado. FADUSP, 1984.

_____. *A Crise da Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. 208 p.

TARLTON, Charles D. Symmetry and asymmetry as elements of federalism: A theoretical speculation. *Journal of Politics*, 1965, vol. 27(4), p. 861-874.

TEMER, Michel. *Território Federal nas Constituições Brasileiras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

TURA, Jordi Sole. *La Constitución de 1978 desde el Punto de Vista Comunista*. Documentación Administrativa, n. 180. Madrid: Presidencia del Gobierno, 1978. 1140 p.

VERGOTTINI, Giuseppe. *La Forma de Gobierno de Oposición Garantizada*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979.

WATTS, Ronald L. *The Theoretical and Practical Implications of Asymmetrical Federalism*. The Canadian Experience in Comparative Perspective, prepared for Presentation at the XVI World Congress of the International Political Science Association. Berlin, 21-25 August, 1994. 35 p.

1 Professor Livre-Docente pela USP. Professor da EAESP – Fundação Getulio Vargas. Presidente da Comissão de Direito Constitucional – OAB-SP. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas.

2 RENOUX, Thierry S. *Un Fédéralisme Sans Federation*. Texto preparado e apresentado em São Paulo, Brasil, em abril de 1998.

3 KATZ, Elliz. Palestra no Encontro de Direito Constitucional. São Paulo – Brasil. Setembro/1997.

4 WATTS, Ronald L. *The Theoretical and Practical Implications of Asymmetrical Federalism*.

5 MORENO, Luis. *Asymmetry in Spain*: federalism in the making?
6 HERÓDOTO. *História*. Liv. V, caps. 3, 29, 37, 38 e 78.
7 ARISTÓTELES. A *Política.* Livro III, Capítulo V.
8 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado.* p. 195
9 LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power and the Governmental Process.* p. 20.
10[9] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso*... 15. ed. p. 73.
11 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos*, cit., p. 195.
12 LOEWENSTEIN, Karl. *Political*, cit., p. 23.
13 LOEWENSTEIN, Karl. *Political*, cit., p. 25.
14 MOSCA, Gaetano, *Historia de las Doctrinas Políticas*. p. 173.
15 KELSEN, Hans. *Teoria General del Derecho y del Estado.* p. 357.
16 Há autores que já não aceitam esta terminologia, considerando monarquia absoluta, autocracia e despotismo como sinônimos, da maneira que fizera Kelsen.
17 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos*, cit., p. 197.
18 LOEWENSTEIN, Karl. *Political*, cit., p. 168.
19 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos*, cit., p. 204.
20 CASANOVA, J. A. González. *Derecho Constitucional y Institucional*. p. 971.
21 MORODO, Raul. *La Transición Política*. p. 187.
22 CENDON, Antonio Bar, La “monarquia parlamentar” como forma política del estado español según la Constitucion de 1978. In: *Estudios sobre la Constitucion Española de* 1978. p. 193.
23 HAURIOU, André. *Derecho Constitucional y Instituciones Políticas*. p. 375, nota 1.
24 ARISTÓTELES. *A Política*, cit., Livro VI, capítulo IV.
25 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Sete Vezes Democracia.* p. 43.
26 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Sete Vezes, cit.,* p. 44.
27 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Sete Vezes, cit.,* p. 45.
28 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Democracia Possível*. p. 11.
29 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Sete Vezes, cit.,* p. 46.
30 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Democracia*, cit., p. 13.
31 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Sete Vezes*, cit., p. 11.
32 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. p. 65.
33 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso*, cit., p. 49.
34 HAURIOU, André. *Derecho*, cit., p. 377.
35 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Democracia, cit.,* p. 1.
36 SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A Crise da Democracia no Brasil.* p. 24.
37 DAHL, Robert A. *Polyarchy.* p. 9.
38 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Reconstrução da Democracia.* p. 45 ss.
39 DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos*, cit., p. 132.
40 ROUSSEAU, Jean-Jacques. O *Contrato Social.* Livro III, capítulo IV.
41 BONAVIDES, Paulo. *Constituição e Constituinte.* p. 48.
42 GARCIA, Pedro de Vega. *Constitución y Democracia - La Constitución Española de 1978 y el Estatuto de Autonomia del País Vasco.* p. 85.
43 IRIBARNE, Manuel Fraga. La Constitución de 1978, a vista de ponente. *Documentación Administrativa.* n. 180, p. 9.
44 TURA, Jordi Sole. La Constitución de 1978 desde el punto de vista comunista. *Documentación Administrativa.* n. 180, p. 57.
45 CASANOVA, J. A. González. *Derecho*, cit., p. 983.
46 ARON, Raymond. *Démocratie et Totalitarisme.* p. 341.
47 ABADIA, Jesus Lalinde. *Ubicación histórica de la constitución de* 1978. *Estudios sobre*

La Constitución Española de 1978. p. 15.

48 RAMOS, Dircêo Torrecillas. *Autoritarismo e Democracia*. 51. *Idem*. *A Federalização das Novas Comunidades*: a questão da soberania.

49 HAURIOU, André. *Derecho*, cit., p. 168.

50 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. v. 1. p. 47.

51 CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a Nossos Dias. p. 54.*

52 HAURIOU, André. *Derecho*, cit., p. 169.

53 PRADO, Hamilton. *Que é Política? Como Julgar os Políticos?* p. 58.

54 SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Representação*. p. 59. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Comparado "I* - O Poder Constituinte". p. 29.

55 HAURIOU, André. *Derecho*, cit., p. 394.

56 HAURIOU, Maurice. In: HAURIOU, André. *Derecho*, cit., p. 402-405.

57 SCHMITT, Carl. *La Defensa de La Constitución.* p. 125.

58 REALE, Miguel. *Pluralismo e Liberdade.* p. 232.

59 HAURIOU, André. *Derecho*, cit., p. 286.

60 VERGOTTINI, Giuseppe. La Forma de Gobierno de Oposición Garantizada. p. 16.

61 ESTEBAN, Jorge de & *Guerra*, Luiz López. *El Regimen Constitucional Español*. p. 71, v.1.

62 *Ibid*, p. 81.

63 RAMIREZ, Manuel. Participación y Pluralismo en la Constitución de 1978*. Estudios sobre la Constitución Española de 1978*. p. 59.

64 REALE, Miguel. *Pluralismo*, cit., p. 7.

65 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Reconstrução, cit.,* p. 193.

66 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves et aI. *Liberdades Públicas.* p. 30.

67 MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Livro XI, capítulo VI.

68 ARON, Raymond. *Essai sur les Libertés*. p. 138.

69 REALE, Miguel. *Pluralismo*, cit., p. VII.

70 REALE, Miguel. *Pluralismo*, cit., p. VII.

71 HAURIOU, André. *Derecho*, cit., p. 213.

72 CRETELLA JÚNIOR, José. *Liberdades Públicas*. p. 34-5.

73 CRETELLA JÚNIOR, José. *Liberdades*, cit., p. 45.

74 HAURIOU, André. *Derecho*, cit., p. 225-7.

75 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso, cit.,* 7. ed. p. 274.

76 HAURIOU, André. *Derecho*, cit., p. 222.

77 KELSEN, Hans. *Teoria*, cit., p. 341.

78 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso, cit.,* p. 48.

79 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso, cit.,* p. 49-50.

80 CAMPOS, Raymundo. *História do Brasil*. p. 140.

81 CINTRA, Assis. *Os Escândalos da República*. p. 35-36.

82 LAMAS, Juan Rivero. *Los Sindicatos y la Acción Sindical en la Constitución e Estudios sobre La Constitución Española de 1978*. p. 119.

83 CASANOVA, J. A. Gonzáles. *Derecho Constitucional y Instituciones Políticas.* p. 945 e ss.

84 HAURIOU, André. *Derecho*, cit., p. 998-1001.

85 HAURIOU, André. *Derecho*, cit., p. 1001-2.

Administração

Mauro Roberto Gomes de Mattos[1]

SUMÁRIO

1. Considerações iniciais. **2.** Aplicação das normas e dos princípios constitucionais na atuação da administração pública. **3.** Do princípio da legalidade. **4.** Do princípio da moralidade. **5.** Do princípio da impessoalidade. **6.** Do princípio da publicidade. **7.** Do princípio da eficiência. **8.** Do instituto do processo de licitação pública. **9.** Responsabilidade civil. **10.** Dos direitos constitucionais do servidor público. **10.1.** Acessibilidade à função pública. **10.2.** Concurso público para a investidura de cargo ou emprego público. **10.3.** Estabilidade. **10.4.** Funções de confiança na administração pública. **10.5.** Da livre associação sindical. **10.6.** Direito de greve. **10.7.** Portadores de deficiência e reserva de vagas em cargos e empregos públicos. **10.8.** Contratação por tempo determinado. **10.9.** Vencimento, remuneração e o subsídio do servidor público. **10.10.** Irredutibilidade da remuneração. **10.11.** Teto e a Emenda Constitucional n. 47, de 5 de julho de 2005. **10.12.** Vedação ao efeito repicão das vantagens pecuniárias. **10.13.** Acumulação remunerada de cargos públicos. **10.14.** Da acumulação de vencimentos com proventos. **10.15.** Improbidade administrativa – do preocupante caráter aberto da norma. **10.16.** Ausência de prejuízo ao ente público retira a tipicidade da conduta do agente público prevista na lei de improbidade administrativa. **10.17.** Prescrição para a prática de atos ilícitos que causem prejuízo ao erário público. **10.18.** Aposentadoria dos servidores públicos. **10.18.1.** Regra de transição da aposentadoria voluntária – EC n. 41/2003. **10.18.2.** Cálculo dos valores a serem pagos na aposentadoria. **10.18.3.** Principais mudanças na PEC paralela (Emenda Constitucional n. 47/2005).

1. Considerações iniciais

Pela primeira vez na história político-jurídica do constitucionalismo brasileiro, uma Lei Maior constitucionalizou as normas que dispõem sobre a Administração Pública, permitindo desse modo uma ampliação da função jurisdicional sobre os atos administrativos, independentemente da sua forma.

A mencionada constitucionalização ocorreu porque foram estabelecidos no *caput* do artigo 37 da CF os princípios cardeais do Direito Administrativo, que possuem a função de direcionar e fundamentar os atos emanados do Poder estatal. Esses conceitos são básicos, segundo Alexandre

de Moraes[2], e representam a “codificação do direito administrativo”.

Portanto, não resta dúvida de que o ordenamento jurídico constitucionalizado não mais permite ou reconhece como legítima uma Administração Pública que pratique atos, através de seus agentes, de forma irresponsável, arbitrária e abusiva, justamente por estar esta, após o advento da Carta de 1988, vinculada de modo arraigado a princípios básicos e elementares, estabelecidos em prol do interesse público, sem se distanciar dos direitos e das garantias fundamentais dos cidadãos.

Como a Lei não se mostrava devidamente eficaz para instituir, determinar ou tornar estável uma diretriz certa e segura em relação à atuação do Poder Público, coube à Constituição Federal promulgada em 5-10-1988 substituir os princípios gerais de direito pelos princípios constitucionais básicos e elementares, direcionados para a atuação da Administração Pública em todos os seus segmentos.

Essa foi uma das grandes e importantes inovações constitucionais, que demonstrou a grande preocupação dos Constituintes, no sentido de padronizar e legalizar a atuação da Administração Pública, pois, na medida em que foram constitucionalizadas as normas básicas do Direito Administrativo, os atos públicos ficaram mais suscetíveis ao controle externo por parte de todos os cidadãos.

Nesse contexto se incluem todos os atos públicos, regidos obviamente por uma série de atos ligados entre si, que possuem a obrigatoriedade de percorrer um procedimento previsto em Lei, objetivando colher elementos que sirvam de base para a atuação administrativa livre e justa, no intuito de proferir-se uma decisão única, sistemática e harmônica, sempre fundamentada nos preceitos constitucionais.

Observando-se que uma sociedade livre e justa é aquela onde os seus cidadãos possuem deveres e direitos previstos em Lei, os quais são de seu conhecimento e de antemão são respeitados pela Administração Pública.

Devido a essa consolidação do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal possui uma elaboração voltada aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, invertendo-se a supremacia, em decorrência de que o Estado passou a ser controlado interna e externamente, para justamente proporcionar a todos a segurança jurídica, o bem-estar e a paz social.

Agrega-se a esse fato a transformação do Estado, que deixou de ser

despótico, abusivo e arbitrário para consolidar-se em uma Administração prestadora e constitutiva[3].

Essa modificação da Administração Pública, então de grande alcance autoritário, decorreu do resultado da evolução dos tempos e da promulgação de Legislações altamente humanitárias no sentido de reconhecer os direitos dos cidadãos, colocando de lado a arbitrariedade existente, sendo ela instada "a desempenhar uma atividade prestadora favorável aos particulares"[4], adaptando-se ao atual sistema do Estado Democrático de Direito.

Destarte, "o acto administrativo deixou de ser visto apenas como uma agressão da esfera individual, para passar a ser igualmente um instrumento de satisfação de interesses individuais"[5].

O crescimento do Estado, com a expansão do Poder Executivo, trouxe consigo a ampliação do seu controle pelo Poder Judiciário, inclusive quanto à conveniência, oportunidade e ao mérito dos atos administrativos[6].

Isso porque a efetividade da Constituição Federal conquistou o *status* pleno e inquestionável de norma jurídica, através das quais se leem e se interpretam todos os atos públicos, inclusive os legislativos.

Portanto, essa nova visão de uma interpretação constitucional não se limita aos atos legislativos e nem tampouco aos atos administrativos, em decorrência de que a efetividade da Constituição projeta-se por todo o sistema jurídico, criando o princípio da juridicidade, com o condicionamento da discricionariedade aos princípios constitucionais[7].

Os princípios previstos no *caput*, do artigo 37, da CF são verdadeiros vetores para o desenvolvimento correto, justo e constitucionalizado da atuação do poder público de uma forma geral. Eles harmonizam a desigual relação entre o ente público e o servidor público, pois estabelecem condições fundamentais para o regular funcionamento da Administração Pública quando da tomada de suas decisões.

Essa foi a grande modificação ocorrida no século XX para o Direito Administrativo, que, ao ser regulado pelos princípios e pelas normas inseridos na Lei Maior, se constitucionalizou, dando lugar à nova e atual fase das relações públicas com os administrados e particulares.

Nesse sentido aduz Hartmut Maurer[8]: "(...) a Lei Fundamental coloca em movimento o direito administrativo e os seus princípios funcionam como

objetivo do poder público, pois as exigências constitucionais é que condicionam o seu próprio exercício".

Cada vez mais, as Leis Maiores inserem as *têtes de chapitre* nos demais ramos do Direito.

> "Sob ponto de vista material – ou seja, quanto ao objecto – o direito constitucional, além do (...) direito do Estado (...) em sentido estrito, abrange também princípios essenciais dos ramos infraconstitucionais do direito. Em maior ou menor medida, os vários compartimentos do direito, tanto (...) do direito público, como mesmo do direito privado, têm as suas bases na Constituição[9]."

A seguir, Vital Moreira[10] conclui:

> "A 'Constituição administrativa' é o direito constitucional administrativo, ou o direito administrativo constitucional. É nela que se encontram as bases do direito administrativo. Sendo direito constitucional formal (também material) as normas constitucionais são direito material".

Essa teoria geral do direito constitucional administrativo, consubstanciada, segundo Alexandre de Moraes[11], "no produto final da incidência da atividade criativa dos novos métodos de interpretação constitucional sobre os tradicionais institutos do Direito Administrativo, constitucionalizados pela Carta Republicana de 1988".

Dessa forma, o Estado Constitucional, surgido na segunda metade do século XX, fortaleceu os cidadãos, dotando-lhes garantias fundamentais necessárias para inibir os sucessivos e constantes abusos perpetrados pelo Poder Público conforme verificado no curso dos anos.

Usufruem, via de consequência, dessas garantias fundamentais os servidores públicos e a própria sociedade, porquanto os atos públicos são vinculados aos princípios constitucionais objetivos previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal que se projetam e relativizam o poder absoluto do Estado.

Isso porque o antigo conceito de soberania como poder político absoluto não mais possui guarida em nosso ordenamento jurídico, eis que há a total vinculação ao que vem estatuído na democracia constitucional. Sem perder seus poderes, o Estado se adaptou ao atual modelo, no qual surgiu uma nova equação política entre os direitos fundamentais do cidadão e as

competências públicas, plasmadas na Constituição Federal.

Essa transformação político-jurídica do Estado motivou a redefinição do direito público, totalmente voltado às suas finalidades sem se desvincular das garantias e dos direitos fundamentais do ser humano, como uma das atividades finalistas que instituíram o Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, Roberto Dromi[12] aduz: “Además, la transformación del Estado actualiza la ordenación de los valores del ser humano, en razón de su existencia. Debemos ‘revalorizar’ los valores, darles el nuevo contenido para que fructifiquem, interpretalos a la luz de las nuevas circunstancias.” –[aspas no original]–

Dando encadeamento ao seu pensamento jurídico, o professor Roberto Dromi[13] elenca a mútua relação entre os direitos fundamentais e a axiologia jurídica, nos seguintes termos:

- os direitos fundamentais têm na axiologia seu princípio de razão e fundamento. Encontram sua expressão constitucional direta nos valores fundamentais naturais e nos valores constitucionais normativizados;
- a axiologia *ius publicitas* garante a vigência eficaz dos direitos fundamentais, dando fundamento ao dever de servir ao homem (*ad ministrare)*;
- os direitos fundamentais são um limite às imunidades e impunidades do poder e consolidam o Estado de Direito, a possibilitar um limite ao processo de redução das prerrogativas não justificadas;
- os direitos fundamentais têm efeitos vinculantes para a conduta da autoridade, oficiando de “limite dos limites”;
- os direitos fundamentais são os reflexos das garantias constitucionais, em razão de sua exigibilidade caracterizar-se pelas “obrigações públicas” para o Estado e para a sociedade, de adotar medidas imediatas para a plena efetividade dos níveis essenciais dos direitos sociais, econômicos e culturais;
- a axiologia permite aproximar os extremos e compensar a tensão ocasionada pela desigualdade social através do direito;
- por tudo isso, os direitos fundamentais compreendidos por meio da axiologia jurídica são o suporte para a reconstrução do direito público no Estado Democrático de Direito.

Portanto, surge, dessa forma, a Administração Pública obrigatoriamente vinculada aos princípios e às normas estabelecidas na Constituição Federal como regentes de todos os atos praticados pelo Estado.

Essa relação entre o Direito Constitucional e Administrativo que Ould Bouboutt[14] denominou dois "irmãos siameses" não é mais imprópria, pois a nova concepção dos princípios constitucionais fez com que Peter Häberle[15] afirmasse que "o Direito Administrativo atual existe, modifica-se e desaparece, tanto em sentido formal como em sentido material, em conjunção com – e indissociavelmente ligado ao – Direito Constitucional".

Em sendo assim, vinculada e regrada pelo Direito Constitucional, surge a Teoria Geral do Direito Constitucional Administrativo, segundo a qual os princípios, garantias e direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal tornam-se obrigatórios para todos os segmentos da Administração Pública. Essa dependência constitucional do Direito Administrativo fez com que Otto Bachof[16] aduzisse: "(...) a influência da Constituição nas normas, institutos e conceitos do direito administrativo, bem como o seu aperfeiçoamento e transformação constituem o pão nosso de cada dia, sobretudo da justiça (administrativa)." –[parênteses no original] –

Esse pleno e eficaz comando constitucional que estabelece a respectiva Teoria Geral do Direito Constitucional Administrativo, submete e aumenta a responsabilidade do Poder Judiciário e, via de consequência, amplia o seu dever de fiscalizar se a Administração Pública, de todos os Poderes, está praticando e executando atos em conformidade com os preceitos e princípios constitucionais.

Esse poder-dever dos Tribunais não representa uma indevida intromissão na função dos demais Poderes, pois já não prevalece o *mito* construído por Charles-Louis de Secondat, barão de Montesquieu (1689-1755), da ampla, geral e irrestrita Separação dos Poderes. Na atual dogmática constitucional, os Poderes devem dividir funções, as quais serão sempre vinculadas, disciplinadas e regradas por dispositivos constantes na Constituição Federal.

Dessa forma, qualquer ato praticado pelo poder público, obrigatoriamente, deve ser embasado e influenciado diretamente pelos princípios objetivos, garantias, direitos e normas constitucionais, sem que com isso haja uma indesejada interferência na independência de um Poder sobre o outro.

Nesse sentido, os princípios objetivos que regem a atuação da

Administração Pública, entre outros, estão previstos no *caput* do artigo 37 da CF.

2. Aplicação das normas e dos princípios constitucionais na atuação da administração pública

Atualmente, a plena efetividade e aplicabilidade das normas e princípios constitucionais são obrigatórios em todo ordenamento jurídico.

Isso porque a efetividade e a aplicabilidade da Constituição conquistaram o *status* pleno de normas jurídicas, através das quais se leem e se interpretam todos os atos públicos, inclusive os legislativos, consoante lição de Luís Roberto Barroso[17]:

> "E a efetividade da Constituição, rito de passagem para o início da maturidade funcional brasileira, tornou-se uma ideia vitoriosa e incontestada. As normas constitucionais conquistaram o *status* pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente através da qual se leem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais. A Lei Fundamental e seus princípios deram novo sentido e alcance ao direito civil, ao direito processual, ao direito penal, enfim, a todos os demais ramos jurídicos. A efetividade da Constituição é a base sobre a qual se desenvolveu no Brasil, a nova interpretação constitucional".

Portanto, essa ideia de nova interpretação constitucional não se limita aos atos legislativos nem tampouco aos atos administrativos, em decorrência de que a efetividade da Constituição projeta-se por todo o sistema/ordenamento jurídico.

Justamente porque ocorreu a *constitucionalização dos Direitos*, que se desgarraram dos princípios gerais do Direito Civil, previstos em seu Código ou exteriorizados pela legislação infraconstitucional para tomar assento na própria *Teoria Constitucional*, representada por normas jurídicas e princípios.

Quanto aos princípios constitucionais, ainda no meio para o final do século passado, a doutrina, abolindo o recurso à analogia, aos costumes e

aos princípios gerais de direito, utilizados para validar o mecanismo do sistema jurídico, demonstrou que constituem-se preposições básicas e fundamentais a serem seguidas por todos os ramos do Direito.

Portanto, os *princípios constitucionais* são fontes permanentes de Direito, irradiando-se por todo o ordenamento jurídico infraconstitucional como diretrizes, a produzirem orientação legal, sob pena de, assim não o sendo, violar-se a própria Constituição.

Para Robert Alexy[18] as diretrizes que denominam princípios supõem mandatos de otimização, é decidir, ou seja, são "normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes".

Trata-se, pois, relacionando de igual forma a terminologia de Ronald Dworkin[19], não de valores ou de meros princípios (*principies*), senão de diretrizes (*policies*), isso é, de critérios pelos quais se fixam metas e objetivos políticos, sociais ou econômicos.

Para Paulo Bonavides[20], os princípios "são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas".

Destarte, a elevação dos princípios no plano constitucional permitiu uma maior valoração dos direitos fundamentais, como aventado por Karl Larenz[21]:

> "Entre os princípios ético-jurídicos, aos quais a interpretação deve orientar-se, cabe uma importância acrescida aos princípios elevados a nível constitucional. Estes são, sobretudo, os princípios e decisões valorativas que encontram expressão na parte dos direitos fundamentais da Constituição, quer dizer, a prevalência da 'dignidade da pessoa humana' (art. 1º, da Lei Fundamental) (...); o princípio da igualdade, com as suas concretizações no art. 3º, parágrafos 2º e 3º da Lei Fundamental e, para além disso, a ideia de Estado de Direito, com as suas concretizações nos artigos 19, parágrafo 4º e 20, parágrafo 3º, da Lei Fundamental e na secção relativa ao poder judicial, à democracia parlamentar e à ideia de Estado Social." –[aspas e parênteses no original]–

A seguir, o citado mestre germânico aduz[22]: "É reconhecido que estes princípios hão de ter-se em conta também na interpretação da legislação ordinária e na concretização das cláusulas gerais".

Constata-se, dessa forma, que os princípios constitucionais possuem grande valor normativo, constituindo-se a própria essência da realidade jurídica, com reflexo em todos os ramos do Direito.

Ao constituírem, os princípios constitucionais, o fundamento maior do ordenamento jurídico, “la parte permanente y eterna del Derecho y también la cambiante y mudable que determina la evolución jurídica” são ideias fundamentais e informadoras da organização jurídica de uma Nação[23].

Portanto, pela nova interpretação constitucional é amplamente reconhecida e obrigatória a necessidade de se cumprirem e efetivarem não só as normas mas também os princípios, ambos inseridos na Carta Fundamental.

Os “princípios gerais de uma ciência”, no posicionamento de Norberto Bobbio[24], nada mais são que “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais graves”.

De igual modo, merecem destaque as colocações de Bidart Campos[25], que, ao se referir à hermenêutica constitucional, aduziu que “si hay princípios generales del derecho constitucional (y no sólo la integración) deve girar en torno de ellos, en cuanto gozan de la supremacia de la constitución a la que pertencem”. –[parênteses no original]–

No entendimento de Marcello Ciotola[26],

> “os princípios são definidos como verdades de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de Juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Entendidos como verdades fundantes de um sistema de conhecimento, os princípios, tendo por base sua generalidade ou abrangência, se dividem em onivalentes, plurivalentes e monovalentes.”

Como *colunas mestras* do conhecimento, os princípios constitucionais não podem ser dissociados do contexto geral, cabendo, nesse particular, consignar as colocações levadas a efeito por Miguel Reale[27]:

> “Um edifício tem sempre suas vigas mestras, suas colunas primeiras, que são o ponto de referência e, ao mesmo tempo, elementos que dão unidade ao todo. Uma ciência é como um grande edifício que possui também colunas mestras. A tais elementos básicos, que servem de apoio lógico ao edifício científico, é que chamamos de princípios, havendo entre eles

diferenças de destinação e de índices, na estrutura geral do conhecimento humano.”

Constata-se, portanto, que a *Teoria da Constituição* encontra-se em um momento de vertiginosa ascensão científica, doutrinária e política, desgarrando-se por completo da grande crise de que foi objeto no final do século XIX e início do século XX, para ser efetivada de forma permanente na vida social[28].

Isso porque, a moderna dogmática jurídica já não atribui para a Lei um sentido de perfeição, pois o protagonismo é da Constituição, com a definida e obrigatória responsabilidade de unificar o sistema/ordenamento jurídico no âmbito interceptativo de suas normas e princípios.

Em sendo assim, o Direito Constitucional estabelece a forma por intermédio da qual o intérprete deve seguir para buscar a essência do Direito e da justiça, pois a Constituição “instituiu um conjunto de normas que deverão orientar sua escolha entre as alternativas possíveis: princípios, fins públicos, programas de ação”.[29]

O princípio da subordinação à Lei surgiu com a Revolução Francesa, como corolário do princípio da legalidade, configurando uma das grandes contribuições à humanidade. Sucede que prevalece hoje em dia a subordinação absoluta da Lei aos dispositivos constitucionais, após a confrontação com as regras e os princípios estabelecidos na Norma Fundamental, sendo uma supremacia adotada pelo direito positivo.

Esse é um êxito da *Teoria da Constituição*, que trouxe ao século XXI propostas alternativas justamente para não se repetirem os episódios das Revoluções e das Guerras, através da construção de uma sociedade livre, justa e de um Estado Democrático de Direito. A *constitucionalização do Direito* é resultado dessa evolução, eis que a Lei já não representa “a expressão da vontade geral institucionalizada” (Art. 6., da “*Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*” de 1789): “A lei é a expressão da vontade geral institucionalizada.” –[6. *La loi est l’expresion de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation* (...)]–, representando o Direito “um sistema aberto de valores”, que se realizam pelos princípios e regras contidos na “Lei Fundamental”[30].

A ideia de sistema jurídico, atualmente, parte da unidade da Constituição,

para valorar o Direito e evitar contradições de valores, indicando que ele será totalmente acatado e respeitado pelos seus operadores.

A aplicação prática do Direito em um *Estado Constitucional* não se dissocia dos princípios objetivos e das regras dispostas na Lei Fundamental, que possuem "incidência sobre o entendimento hermenêutico da lei"[31].

Os valores da Constituição são objetivos e se destinam a concretizar um "direito justo", que, segundo Platão (427 a.C.-384 a.C.), para encontrá-lo seria necessário traduzir com pureza a estrutura da ideia de justiça.

Assim, pelo atual movimento constitucional, nascedouro da sua Teoria, o sistema de fontes formais do direito é definido pela Constituição, "condicionado, por esta via, a validade e a inerente vinculatividade de todas as normas, funcionando como a norma das normas ou a fonte de todas as fontes de Direito (...)"[32].

A Constituição deixa de estabelecer somente normas de organização para disciplinar as relações jurídicas, instituindo princípios e regras que se projetam nos diversos ramos do Direito.

Essa redefinição da posição da Constituição na ordem jurídica brasileira está ligada ao movimento mundial que, ao fortalecer a *Lei Fundamental*, coloca-a como *centro* do sistema jurídico pela normatividade de seus princípios.

Nesse sentido aduz Luís Roberto Barroso, ou seja, que a ascensão científica e política do Direito Constitucional criaram uma "verdadeira filtragem", tendo em vista que a Constituição deixou de ser um sistema em si, para dar lugar a uma nova tarefa, que é a de "interpretar todos os demais ramos do Direito"[33].

Portanto, o fenômeno da *Constitucionalização do Direito Infraconstitucional* não se perfaz apenas com a inclusão da Lei Fundamental nos diversos ramos do Direito, mas, sobretudo, com a reinterpretação de seus *institutos* sob uma ótica constitucional. (A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo.)[34].

Expandiu-se, por outro lado, a *Teoria da Constituição*, que, ao estabelecer uma *filtragem infraconstitucional*, não só estruturou a própria esfera pública do Estado (*öffentlichkeit*), como dispôs também sobre setores da vida privada.

A filtragem constitucional foi sustentada por Clèmerson Merlin Clève[35], desde o final da década de 1980 e reproduzida por seu ilustre discípulo Paulo Ricardo Schier[36], que a define como a força normativa da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico.

Por essa nova e atual dogmática, a norma infraconstitucional é interpretada a partir da Constituição Federal, em decorrência de que ela é vinculada a uma realidade social totalmente voltada para os *direitos fundamentais do cidadão*. Deixa, portanto, a Constituição de ser um catálogo no qual constam princípios políticos, para ter o encargo de definir o Direito, através de sua normatividade. Essa releitura do Direito, em conformidade com o posicionamento de Paulo Ricardo Schier[37], pode ser assim entendido:

> "Destarte, verifica-se que o discurso de filtragem constitucional e da constitucionalização do direito infraconstitucional inserem-se num momento teórico de superação de algumas consequências advindas do discurso crítico e, tomando seus referenciais epistemológicos, propõe o resgate da dignidade normativa do Direito, como um todo e, especificamente, do Direito Constitucional, possibilitando vislumbrá-los como instrumentos de atuação, intervenção e transformação da realidade social injusta, na medida em que suas normas, produtos de uma constituinte democrática, dialogam com aquela 'estrutura' da qual, anteriormente, eram vistos como simples reflexos, possibilitando a recuperação do espaço jurídico enquanto espaço de lutas e, também, de emancipação." –[aspas no original]–

Essa modificação da Constituição para influir no direito público e no privado representa uma grande evolução, qual seja, a de considerar os direitos fundamentais como primazia do sistema jurídico, tornando, via de consequência, efetiva a observância da *Lei Fundamental*, em todos os segmentos do ordenamento jurídico. Há que se observar que a referida mudança constitucional era imprescindível, em decorrência de que os operadores do Direito e os cidadãos clamavam por um conjunto jurídico mais atualizado e garantidor, voltado aos direitos fundamentais, tendo em conta que os princípios gerais do Direito não concretizavam isoladamente esse objetivo, como aduzido alhures.

Os direitos fundamentais do homem, portanto, se constituem nas bases da

ordem jurídica[38] pública e privada, como elementos objetivos: “Nessa perspectiva, não há mais limites precisos que separam direito constitucional e direito privado, não sendo possível concebê-los como ‘compartimentos estanques’, como mundos separados, impermeáveis, governados por lógicas diferentes.”[39] –[aspas no original]–

Destarte, todos os dispositivos constantes da Constituição são dotados de *normatividade*, sendo certo que a finalidade da Teoria da Constituição passa a ser a de “incrementar a força normativa da Constituição”[40], como um todo, sem fragmentações de qualquer espécie, pois, como averbado por Norberto Bobbio, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-lo, mas o de protegê-los”[41]. Portanto, funcionam os princípios como marco do real desenvolvimento da efetividade da Constituição, sendo substituída a ideia referente à Teoria do Estado pela Teoria da Constituição, responsável pela *constitucionalização de todos os ramos do Direito*.

Isso porque as atuais Constituições estabelecem diretrizes impositivas e permanentes para o legislador. Sendo que para Peter Lercher[42] essas diretrizes são tidas como “Constituição Dirigente”, ou seja, aquela que “estabelece fins, tarefas e objetivos para o Estado e sociedade.”[43]

Nessa vertente, o *Direito Administrativo* passou a ser regido por princípios fundamentais objetivos elencados no *caput*, do artigo 37, da Constituição Federal, sendo que a Administração Pública é obrigada a observar e cumprir em todos os seus segmentos, entre outros, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência e publicidade.

Independentemente das regras Constitucionais, os princípios fundamentais objetivos acima referidos são diretrizes obrigatórias a guiar todos os atos públicos, inclusive os discricionários.

Ou pela dicção de Juarez Freitas[44], discricionariedade é liberdade vinculada aos princípios constitucionais.

Por conseguinte, através da nova sistemática da *Teoria da Constituição*, a conveniência e a oportunidade dos atos administrativos não podem se desgarrar dos objetivos traçados pela Constituição, desvirtuando o rumo do Direito Administrativo, que, conforme aduzido alhures, se constitucionalizou.

Por essa nova filosofia constitucional surge uma Administração Pública

mais homogênea, transparente e zelosa, privilegiando a racionalização de seus atos, através de uma nova sistemática constitucional, não se admitindo mais a elaboração de qualquer espécie de ato, onde o aspecto político seja o imperante, tal qual habitualmente ocorria antes da constitucionalização do Direito Administrativo.

Antes de ocorrer a constitucionalização do Direito Administrativo não havia a garantia da aplicação de preceitos de ordem maior como o *due process of law* aos acusados em processos administrativos disciplinares, pois prevalecia a verdade sabida, em detrimento da verdade real.

De tal forma que foi fundamental a inserção do princípio da ampla defesa e do contraditório no processo administrativo disciplinar, por imposição expressa constante no artigo 5º, LV, da CF. Esse salutar princípio acarretou o fim de demissões sumárias, levadas a efeito sem oportunizar a aplicação das devidas garantias fundamentais no sentido de demonstrar-se que o acusado era realmente culpado da prática de um ato ilícito.

Subprincípios constitucionais como o da razoabilidade/proporcionalidade passaram a ser aplicados também, quando da imposição da pena disciplinar, entre outras relevantes situações, para não mais permitir que os atos públicos possam ser irrazoáveis. Tal lição, de igual forma, também foi incorporada aos dispositivos elencados em edital de concurso público, onde não se permite que as exigências nele constantes maculem o princípio da razoabilidade, que, *in casu*, possui a atribuição de estabelecer limites a descabidas determinações.

Como visto, o Poder Público passou a ser absolutamente controlado pelas normas e princípios Constitucionais como um todo para dar lugar aos atuais *direitos fundamentais dos administrados*, que de subjugados passaram a ostentar importante papel na relação jurídica com o Estado, em decorrência de que o fim público se inicia quando se cumpre o que vem estabelecido na *Lei Fundamental*.

Essa importante transformação do Direito Administrativo estabelece maior equilíbrio na então desequilibrada relação do Poder com os administrados, deixando a Administração Pública de ser extremamente poderosa e arbitrária para se adequar em um conjunto de regras e princípios constitucionais compatíveis com a atual conjuntura política, jurídica e social que não admite mais um Estado intervencionista.

Pela sua *constitucionalização*, o Direito Administrativo deixou ou deixará

de ser arbitrário e despótico, causador de inúmeros abusos de poder, para dar lugar à proteção da pessoa humana e de sua dignidade, com a expressa proibição de transformar o homem em objeto de processos e ações estatais natimortas.

A disseminação do *princípio da dignidade humana* (art. 1º, III, da CF) iniciou-se depois da Segunda Grande Guerra Mundial, quando o mundo estava ávido pela reentronização dos valores civilizatórios, visto que o aludido princípio até então era uma verdadeira *utopia*. Após a criação da Organização das Nações Unidas, em 1948, houve a preocupação de recuperar os valores históricos da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que foi adotada e proclamada em 10 de dezembro de 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

A partir do impulso do *princípio da dignidade da pessoa humana* determinou-se o desenvolvimento dos demais direitos e garantias fundamentais.

E o Direito Administrativo Francês, pelo curioso caso Monsangesur-Orge, Cidade da região metropolitana de Paris, que é relatado pelo Ministro do STF Joaquim Barbosa[45], informa que o Prefeito daquela região interditou certame conhecido como "arremesso de anão" (*lancer de nain*) e consistente em transformar um anão em projétil a ser arremessado pela plateia de um ponto a outro de uma discoteca. A empresa interessada e o próprio anão, em litisconsórcio ativo, obtiveram do Tribunal Administrativo de Versalhes a anulação do ato do Prefeito. Mas o Conselho de Estado, órgão de cúpula da jurisdição administrativa, reformou a decisão do Tribunal à consideração de que o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da ordem pública[46].

Incidências do postulado também se apontam, em matéria administrativa, nos nossos Tribunais. Um dos mais conhecidos casos ocorreu no âmbito da prestação de serviços de eletricidade e do fornecimento de água, em que o Poder Judiciário tem-se declarado favorável ao reconhecimento da dignidade do ser humano, vedando o súbito corte dos aludidos serviços por falta de pagamento do consumidor.

De igual forma, administrativa é a significativa aplicação do princípio em questão, decidido pelo Supremo Tribunal Federal no caso de licenciamento de táxis e credenciamento de taxistas, onde havia o quadro de exploração iníqua, pelo homem, do trabalho do homem, cronicamente propiciada no

Município do Rio de Janeiro.

Tem-se, portanto, que o *novo Direito Administrativo* foi *constitucionalizado* para humanizar a relação do Poder com os administrados, no atual estágio do Estado Social de Direito, vigorando, entre outros, não só os estabelecidos na *Lei Fundamental*, como também os princípios administrativos gerais, subsidiariamente àqueles.

Os princípios constitucionais/administrativos podem ser explícitos ou implícitos. Na primeira situação eles são estabelecidos de forma expressa e inequívoca, ao passo que na outra hipótese eles se deduzem do contexto das normas constitucionais implicitamente.

Vinculam, portanto, os princípios e regras constitucionais à Administração Pública quando ela pratica seus atos, em decorrência de que de rígida e autoritária ela se tornou flexível e democrática, interligando-se ao Estado Social de Direito e às suas finalidades.

3. Do princípio da legalidade

Trata-se o princípio da legalidade de uma das bases de sustentação do Estado Democrático de Direito, funcionando como verdadeira direção, a guiar toda a atividade administrativa.

Por esse princípio, é estabelecida a segurança jurídica do cidadão, que possui, como garantia mínima, que haverá, por parte da Administração Pública, a sujeição do administrador à lei, ao direito, ao ordenamento jurídico, às normas e aos princípios constitucionais.

Para que esse princípio não seja maculado, é imperioso que os comandos legais ou atos normativos utilizados pela Administração Pública, no momento da investigação/apuração e quando do julgamento do processo administrativo disciplinar, não colidam com o disposto no texto da Constituição Federal, isso porque perdem a eficácia se afrontarem os comandos constitucionais. Nas palavras de Hans Kelsen[47], a Constituição é a norma fundamental que abona a validade de toda ordem normativa: “Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de

validade comum. O facto de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa."

É sabido que a Administração Pública é dotada de uma margem de discricionariedade, e que ela encontra o impedimento necessário para pautar seus atos dentro do âmbito traçado pela lei.

Portanto, na atividade administrativa, a observância e respeito à legalidade surgem como necessidade intransponível, haja vista que ela é exercida pelo desempenho de uma função, que tem por objetivo primordial administrar interesses alheios, em busca do atendimento de certas finalidades. Exatamente para adquirir essas finalidades específicas é que se atribui ao gestor público poderes, para que ele possa satisfazer os interesses dos tutelados. Salientando-se que os poderes outorgados ao agente público, a fim de que possa desincumbir-se de seu dever jurídico, possuem caráter instrumental, de forma que são verdadeiros deveres-poderes, como afirma com muita propriedade o emérito jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, a fim de serem manejados em prol da finalidade que se quer alcançar.

A Administração Pública encontra-se vinculada, por lei, ao cumprimento de determinadas finalidades, sempre em benefício da coletividade, que constitucionalmente é a fonte do seu poder.[48]

Não é absoluto o exercício do poder da função administrativa, que terá de se adaptar, se adequar, quando do caso concreto, aos comandos legais aplicáveis, sob o regime de Direito Público, emanando atos que devem ser, invariavelmente, objeto de controle externo ou interno, sempre no intuito de se coibir ilegalidades ou abusos. Nesse sentido é de se render homenagens às sábias colocações de um dos baluartes do Direito Administrativo nacional, o saudoso Jurista Caio Tácito[49], que advertia que o princípio da legalidade projeta-se sobre a ação administrativa discricionária para aferir o requisito essencial da finalidade como condicionamento da competência da autoridade pública, sob pena de cometer-se o *détournement de pouvoir:*

> "A noção do *détournement de pouvoir*, construída na jurisprudência do Conselho de Estado da França, como vício essencial de legalidade do ato administrativo, é, por definição, um limite à ação discricionária, um freio ao transbordamento da competência legal, de modo a impedir que a ação

unilateral e compulsória da autoridade possa dedicar-se à consecução de um fim de interesse privado, ou mesmo de outro fim público estranho à previsão legal.” –[itálico no original]–

Ou, como argumenta a ilustre Professora Lúcia Valle Figueiredo[50], o princípio da legalidade é bem mais amplo do que a mera sujeição do administrador às leis, isso porque haverá de ocorrer também a submissão do agente ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais.

Temos, portanto, que o princípio da legalidade, na atual fase do Direito Administrativo, não se restringe apenas ao texto da lei, pois a busca do bem comum permite que o administrador público recorra também aos outros ramos do Direito, sempre respeitando a respectiva hierarquia legal e tendo como objetivo a finalidade de implementar as devidas garantias dos administrados. Note-se que a evolução desse texto é latente, em decorrência de que a corrente doutrinária clássica defendia a fixação absoluta do administrador à lei, sem contudo conceder a possibilidade de integração para com os outros ramos do Direito, que vão abrigar o poder-dever de obtenção do fim, em prol do que lhe é dada uma competência, exatamente para o atendimento da finalidade pública.

É óbvio que o exercício do poder-dever do agente público conduz à prática de atos-regras, que mesmo discricionários não se confundem com a arbitrariedade em face da incompatibilidade dessa com o Estado de Direito. Ademais, quem confere a margem de discrição ao administrador público é o legislador, que o habilita a emitir juízos de oportunidade e conveniência no exercício de sua legal competência, que jamais é absoluta, devendo sujeitar-se às normas atributivas de competência, onde sobrelevam a finalidade do ato como elo de interesse público.

Ao comentar o acórdão do Supremo Tribunal Federal proferido no RE n. 17.126-51, onde foi abordada a questão acerca da possibilidade de controle judicial sobre os reais motivos dos atos da Administração Pública, o Professor Caio Tácito[51] reafirmou a necessidade de motivação do ato administrativo discricionário para se confrontar com a legalidade:

“A regra ali expressa abrange o exato limite entre a legalidade e a discrição. Define, como tema de competência do Poder Judiciário, apreciar a realidade e a legitimidade dos motivos em que se inspira o ato

> discricionário da Administração. Os atos administrativos são nulos quando o motivo invocado é falso ou inidôneo. Ou o antecedente é inexistente, ou a autoridade lhe deu uma apreciação indevida, sob o ponto de vista legal. São as duas formas que, na doutrina francesa, se qualificam de inexistência jurídica dos motivos."

Em sendo assim, pelas concepções mais modernas da doutrina, pode-se definir a influência do princípio da legalidade, como um limite ao poder livre da Administração Pública, em decorrência de que ela vincula-se às disposições constitucionais, à lei e ao direito, como supedâneo de validade de seus atos.

Por essa razão, que não se concebe mais uma atuação pública desvirtuada do princípio da legalidade e dos demais princípios estabelecidos como critérios objetivos (art. 37, da CF) da Administração, entre outros:

> "(...) 2. A principiologia do novel art. 37 da Constituição Federal, impõe a todos quantos integram os Poderes da República nas esferas compreendidas na Federação, obediência aos princípios da moralidade, legalidade, impessoalidade, eficiência e publicidade. 3. O princípio da impessoalidade obsta que critérios subjetivos ou anti-isonômicos influam na escolha dos candidatos exercentes da prestação de serviços públicos. 4. A impessoalidade opera-se *pro propulo*, impedindo discriminações, e contra o administrador, ao vedar-lhe a contratação dirigida *intuitu personae* (...)."[52] –[itálico no original]–

Na verificação dos princípios constitucionais fundamentais, possuem certa preponderância sobre o próprio princípio da legalidade estrita[53], pois, como foi aduzido anteriormente, a lei perdeu força para projetar a Constituição como a fonte mais importante do ordenamento jurídico. Isso não quer dizer que a lei deixou de ser fundamental para o Poder Público, contudo ela foi constitucionalizada.

Sucede que na atualidade a força normativa da lei é dosada pelos dispositivos constantes na Constituição, ou seja, para que ela tenha plena aplicação e eficácia, necessariamente terá de ser recepcionada pela Lei Maior. É o fim do mito da perfeição da lei, pois ela está subordinada à Constituição.

Isso porque a crise da lei formal foi a responsável pela constitucionalização do Direito, incluindo nesse contexto o Direito

Administrativo.

Em sendo assim, a lei deixou de ser o fundamento único da atividade pública, pois a Constituição, entendida como um sistema de regras e princípios, passou a ser o centro de observância da Administração Pública quando ela é obrigada a praticar atos, em prol de seus objetivos.

Via de consequência, o princípio da legalidade sofreu verdadeira mutação, pois, ao se desgarrar da perfeição da lei, passou a focar, em primeiro plano, o sistema de princípios e regras constitucionais, a fim de verificar a regularidade do ato público e do próprio texto normativo.

Surge, em razão dessa releitura do princípio da legalidade, o princípio da juridicidade administrativa, "para designar a conformidade da atuação da Administração Pública ao direito como um todo, e não mais apenas a lei"[54].

As normas e princípios constitucionais são, pois, *dominantes* perante o ordenamento jurídico, erigindo-se acima de toda e qualquer lei ou ato normativo utilizado pelo Poder Público como fundamento de sua atuação.

Por essa razão, o princípio da juridicidade administrativa, concretizado a partir dos princípios e das normas constitucionais, confere uma releitura ao clássico princípio da legalidade administrativa, visto que a Administração Pública praticará seus atos segundo a lei constitucional, aquela recepcionada pelo Texto Fundamental, ou mesmo sem a existência de texto legislativo, buscará fundamento direto na Lei Maior para a prática de atos.

Em sendo assim, o Poder Público legitima-se perante o Direito, ainda que contrariamente à lei, porém com esteio numa ponderação da legalidade com outros princípios ou normas constitucionais.

Por essa nova dogmática do princípio da legalidade, tomando como fundamento a constitucionalização do Direito Administrativo, o Poder Judiciário poderá fiscalizar se a Administração Pública aplicou corretamente os princípios e as normas constitucionais aos seus atos, sem que se caracterize na indevida intromissão de um Poder sobre o outro.

Pela juridicidade toda a sistematização dos poderes e deveres da Administração Pública passa a ser concretizada a partir dos lineamentos constitucionais pertinentes, devidamente ponderados, com especial foco no sistema de direitos fundamentais e nas normas estruturantes do regime democrático de Direito.

Por essa "filtragem constitucional do Direito Administrativo ocorrerá, assim, pela supressão do dogma da onipotência da lei administrativa e sua

substituição por referências diretas a princípios expressos ou implicitamente declarados no ordenamento constitucional”[55].

O princípio da interpretação, conforme a Constituição de todo ordenamento jurídico, originalmente nos Estados Unidos da América (*in harmony with the constitution*) e no Direito Alemão (*Verfassungskonforme Auslegund der Gesetze*), acabou sendo incorporado por todos os países que adotaram o Estado Democrático de Direito.

Destarte, tem-se, portanto, uma real releitura do princípio da legalidade administrativa, com a finalidade de disciplinar a correta aplicação dos princípios e das normas constitucionais quando da emanação dos atos públicos.

4. Do princípio da moralidade

O princípio da moralidade tem o poder de obrigar que o agente público possua o dever de praticar somente atos ilibados, éticos e probos.

Portanto, a moralidade administrativa exige do agente público em termos de conduta, não só o estrito cumprimento ao princípio da legalidade, como, e sobretudo, o respeito absoluto aos princípios éticos de razoabilidade e justiça, “pois moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração pública”[56].

O administrador público ao tornar efetivas as suas obrigações legais não pode agir com inconstância, instabilidade, eis que seus atos são estabelecidos para o cumprimento de uma finalidade jurídica e pública. Ou, pelas palavras de Luís Recaséns Siches[57]: “El mandato arbitrário es aquel que no se funda en un principio general – aplicable a todos los casos análogos – sino que responde a un simple porque si, porque me da la gana; en suma, a un capricho o antojo que no dimana de un criterio general”.

O princípio da moralidade configura-se como um inibidor de vontades particulares dos agentes públicos, pois, se violarem as normas legais dolosamente, praticarão infrações disciplinares tipificadas como atos de improbidade administrativa.

Destarte, o agente público possui a obrigação-dever de ser leal e ético, cumprindo os dispositivos legais vigentes e sempre preconizando por uma conduta lícita, proba e ilibada.

A moral jurídica a que alude o referido princípio obriga e exige a necessidade de que a prática dos atos públicos seja concretizada com boa-fé, através de uma conduta honesta por parte do servidor público responsável pela feitura do referido ato.

Jesús González Pérez[58], em especial Monografia sintetiza que: “la presencia de los valores de lealtad, honestidad y moralidad que su aplicación comporta es especialmente necesaria en el mundo de las relaciones de la Administración con los administrados”.

Expressivo, de igual forma, foi o estudo do lusitano Antônio José Brandão[59], datado de 1951, como se infere:

> “Do contexto se depreende que, aqui, não se trata da Administrativa, que consiste em aplicar normas de direito público, satisfazer interesses gerais mediante serviços burocráticos apropriados e exercer poderes de polícia dentro dos próprios fins assimilados ao poder público pela função administrativa. É a referida gestão que, para ser boa, dos administradores requer, por um lado, o exercício do senso moral com que cada homem é provido, a fim de usar retamente, – para o bem, entenda-se, – nas situações concretas trazidas pelo quotidiano, os poderes jurídicos e os meios técnicos; e, por outro lado, exige ainda que o referido bom uso seja feito em condições de não violar a própria ordem institucional, dentro da qual eles terão de atuar, o que implica, sem dúvida, uma sã noção do que a Administração e a função administrativa são. A luz destas ideias, tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos, como aquele que desprezou a ordem institucional e, embora movido pelo zelo profissional invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio à sua guarda. Em ambos estes casos, os seus atos são infiéis à ideia que tinha que servir, pois violam o equilíbrio que deve existir entre as funções, ou, embora mantendo ou aumentando o patrimônio ferido, desvia-se do fim institucional, que é o de concorrer para a criação do bem comum.”

Não só o *caput*, do artigo 37, da Carta Maior estabeleceu o vetor da moralidade como uma condicionante para a validade dos atos públicos, como de igual forma o artigo 5º, LXXIII, da referida Constituição Federal, prevê que qualquer cidadão poderá ajuizar ação popular para combater ato

que, entre outras situações jurídicas, atente contra a moralidade administrativa.

Independentemente das disposições contidas na Constituição Federal, a Lei n. 9.784/99, que regula o processo administrativo federal, estabelece em seu artigo 2º a obrigação da Administração Pública ao cumprimento do princípio da moralidade, entre outras.

Ao comentar a citada Lei, em específico o referido preceito legal, José dos Santos Carvalho Filho[60] adunou:

> "No processo administrativo, como de resto em toda a atividade administrativa, a moralidade desempenha papel de extrema importância, pois que deverá estar presente em cada ato e em cada decisão a ser proferida pela autoridade administrativa. Para perfeito entendimento ao postulado, cabe ao administrador abstrair-se de fatores de natureza pessoal que possam interferir no âmbito da moralidade de sua conduta. Tudo o que estiver sob sua competência deve ser desempenhado, visando apenas ao interesse público, porque é este, e exclusivamente este, o alvo a ser por ele buscado."

Com o mesmo brilho, Márcia Noll Barboza[61], ao discorrer sobre o tema, deixou grafado:

> "O princípio da moralidade administrativa surge, então, no marco do Estado Social e Democrático de Direito, como exigência de conformidade à ideia de função administrativa. A moralidade administrativa, de sua vez, aparece como um padrão, um *standart* exigido da Administração, consistente em estar ela orientada à plena e fiel execução de sua função. Daí nos ser permitido dizer que o princípio da moralidade se apresenta, no quadro normativo – conceitual dado, como norma veiculadora da substância do regime jurídico administrativo, ocupando, em tal regime, ao lado do princípio da legalidade, o ponto mais elevado, de onde ilumina e reforça todos os demais princípios da Administração Pública." –[itálico no original]–

Vigora o princípio da moralidade no direito público como uma forma de dotar de probidade a consecução da prática dos atos públicos de uma maneira geral.

5. Do princípio da impessoalidade

O princípio da impessoalidade, explicitado de igual modo no *caput*, do artigo 37, da CF, para a doutrina possui tríplice acepção[62]. Isso porque, para alguns, expressa que existe vedação de distinguir interesses onde a lei não permita que haja nenhum tipo de exceção. Por outro lado, a corrente doutrinária diversa entende que o Estado não pode atuar em dissonância com a sua finalidade, que é a do interesse público, definido nos textos legais. A última posição sustenta, como citado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, "que a Administração não pode dar preferência a interesses que porventura tenha enquanto pessoa administrativa sobre quaisquer interesses finalísticos que lhe sejam cometidos".

Dessa maneira, seguem algumas definições sobre o significado de impessoalidade:

1)– "A impessoalidade implica, refrise-se, o estabelecimento de regra de agir objetiva para o administrador, em todos os casos. Assim, como exemplo curial, em nomeações para determinado cargo em comissão, os critérios da escolha devem ser técnicos, e não de favoritismo ou ódios. Não pode a nomeação ser o prêmio atribuído ao nomeado. O princípio da impessoalidade também será muito importante – e revelado por meio da motivação, como limite à discricionariedade – na escolha de obras e serviços públicos a implementar nos programas de governo a realizar. Enfim, em toda uma gama de situações. (...) Impessoalidade é, por conseguinte, imparcialidade, qualidade de ser imparcial, de 'julgamento desapaixonado que não sacrifica a sua opinião à própria conveniência, nem as de outrem' (Aurélio Buarque de Holanda)."[63] –[aspas e parênteses no original]–

2)– "Nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimentosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrado explicitamente no art. 37, *caput*, da Constituição. Além disso, assim como 'todos são iguais perante a lei' (art. 5º, *caput*) a *fortiori* teriam de sê-lo perante a

Administração.”[64] –[aspas, itálico e parênteses no original]–

3)– “O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art. 37, *caput*), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal (...) E a finalidade terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o interesse público.”[65] –[itálico e parênteses no original] –

4)– “O princípio objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para o favorecimento de outros.”[66]

Por se tratar de relevante preceito constitucional, destacamos anteriormente algumas definições de cultos administrativistas, objetivando a feitura de uma melhor avaliação sobre o tema. Contudo, nos filiamos à corrente que se posiciona no sentido de ser o princípio da impessoalidade impeditivo de que o administrador público favoreça ou persiga os administrados, tratando-os desigualmente, pois do contrário haverá desvios ou abuso de poder, em decorrência de que a atuação pública deve pautar-se de maneira igualitária e impessoal. Tem-se, portanto, que esse princípio assegura que o servidor público estará imune à prática de atos administrativos que não possuam motivação[67] ou que sejam estabelecidos com falsa motivação[68].

Para o processo administrativo disciplinar, o princípio em voga é de curial importância, pois o servidor acusado não poderá ser objeto de tratamento jurídico díspar e preconceituoso por parte da Comissão Disciplinar, que deverá tratá-lo de forma digna e impessoal, com a garantia de que seus direitos serão respeitados na apuração interna.

Não será lícita a concessão de benefício que não esteja previsto nos comandos legais reguladores do processo administrativo disciplinar, como também não é permitida a subtração de direitos e de garantias fundamentais

estabelecidos constitucionalmente para os acusados no mencionado processo.

Por intermédio do princípio da impessoalidade colocam-se limites em leis, decretos, atos administrativos, instruções e etc., que são promulgadas/emanados/expedidos com o intuito de instituir privilégios para um segmento em detrimento de outro, em decorrência de que no âmbito do serviço público não se admitem procedimentos/processos que colidam com os princípios éticos e morais que devem dignificar o ato público.

Em decorrência desse princípio, o interesse público deverá ser colocado como prioridade, banindo-se qualquer ato que tenha como escopo ajudar ou prejudicar deliberadamente os servidores públicos de uma maneira geral, visto que o aludido princípio é desdobramento do princípio da isonomia, exigindo neutralidade absoluta por parte da Administração. Nesse sentido, Antonio A. Queiroz Telles[69] afirma que:

> "(...) a Administração deve atuar impessoalmente significando estar ela obrigada por comportamentos exclusivamente voltados à obtenção das finalidades legais que são, em sua essência, impessoais, porque visam à busca do interesse da coletividade, repelindo-se toda e qualquer atuação calcada na satisfação de interesses pessoais, tanto do funcionalismo, como dos agentes políticos, detentores do poder de mando e de terceiros. São imposições decorrentes do princípio da finalidade legal, também intimamente relacionado com o princípio da impessoalidade."

O princípio da impessoalidade teve origem no conhecido princípio da imparcialidade administrativa[70] do direito inglês, que, por influência do princípio da imparcialidade judicial, objetivou neutralidade do administrador. Sendo certo que sem neutralidade não há uma apuração disciplinar séria, descompromissada, proba e ilibada.

Inspiraram-se os ingleses no princípio da *justiça natural*, para proclamarem duas regras fundamentais que, sem dúvida nenhuma, foram responsáveis pelo estabelecimento da imparcialidade como dever de atuação administrativa, são elas[71]:

- A de que ninguém pode ser juiz em causa própria, pelo que as autoridades administrativas devem abster-se de tomar decisões sobre assuntos em relação aos quais tenham interesse pessoal (*nemo index*

in causa propria). Também, referida pela expressão *rule against laws* ou *no man a judge in his own cause.*

- A oitiva dos agentes públicos interessados antes de ser tomada decisão sobre assunto que lhes digam respeito (*due process of law*).

A imparcialidade administrativa surge para assegurar a independência, neutralidade, isenção de tratamento, funcionando como princípio geral da Administração Pública em vários países.

O tema da imparcialidade administrativa, apesar de não ser desconhecido do direito alemão, não tem suscitado grande interesse na doutrina e na jurisprudência desse país.

Com a finalidade de assegurar o exercício desinteressado da função administrativa alemã, sem perseguições ou preferências fortuitas, o artigo 20, da Lei do Procedimento Administrativo, de 25 de maio de 1976, veio instituir o regime de incompatibilidade para o funcionário, vedando a sua atuação quando exista o interesse pessoal direto ou indireto.

Por sua vez, o artigo 21 do citado ordenamento legal alemão preconiza que nos casos em que haja suspeita justificada de parcialidade no exercício da função administrativa, a Autoridade superior tem o dever de afastar o agente suspeito da participação no procedimento administrativo onde funciona.

Já no direito francês, o Conselho de Estado, Órgão máximo na hierarquia, tem anulado constantemente atos administrativos concretizados com violação do princípio da imparcialidade, onde a Autoridade se deixa envolver por sentimentos pessoais.

Ao contrário do que foi explicitado nos ordenamentos anteriores, a Constituição espanhola, de 31 de outubro de 1978, consagrou expressamente o tema *sub oculis* como princípio fundamental da Administração Pública, na forma do seu artigo 103, *litteris*:

> “1. A Administração Pública serve com objetividade os interesses gerais e atua de acordo com os princípios da eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, com submissão plena à lei e ao Direito. 2. Os órgãos da Administração do Estado são criados, regidos e coordenados de acordo com a lei. 3. A lei regulará o estatuto dos funcionários públicos, o acesso à função pública de acordo com os princípios de mérito e capacidade, as peculiaridades do exercício do seu

> direito de associação sindical, o sistema das incompatibilidades e as garantias para a imparcialidade no exercício das suas funções.”

No direito italiano, o artigo 97 da Constituição insculpe o princípio da imparcialidade como princípio geral de toda atividade administrativa: “Art. 97 – Os serviços públicos organizam-se de acordo com a lei, de modo a assegurar o bom andamento e a imparcialidade da administração”.

Também há a consagração constitucional do princípio da imparcialidade no ordenamento jurídico português, notadamente no artigo 266, do Texto Fundamental:

> “Art. 266. 1. A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. 2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e às leis e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça e da imparcialidade.”

Destarte, o princípio da impessoalidade, ou a sua versão europeia, denominada imparcialidade, guardada a devida proporção, objetiva evitar que a autoridade administrativa revista os atos praticados por sentimentos pessoais, onde o fim público é substituído por interesse subjetivo tendo o aludido princípio o condão de proibir que a Administração trate de forma arbitrária e desigual os administrados, garantindo processos adequados, onde a consecução do fim público não permite motivação inverídica e desleal, privilegiando-se o princípio da boa-fé, que deve estar presente em todas as situações, como fator de validade da atuação do ente público, afinal de contas, se todos são iguais perante a lei (*caput*, do art. 5º, da CF), quiçá perante a Administração Pública. Nesse diapasão, o inciso XLI, do artigo 5º, da Constituição Federal, confere à lei o poder de punir qualquer discriminação dos direitos e liberdades fundamentais do cidadão.

Da mesma forma, quando do julgamento do processo administrativo disciplinar, a Autoridade responsável pela verificação/análise das provas, da defesa e do relatório conclusivo da Comissão Disciplinar é obrigada a ser impessoal e imparcial, sob pena de macular todo o referido processo.

Havendo esse vício no julgamento do processo administrativo disciplinar, por óbvio o Poder Judiciário estará legitimado em recompor o estado de certeza e de justiça, através de uma ponderação relativa ao excesso do

discricionarismo da Autoridade julgadora.

Elencando quatro situações de fato que poderão ocorrer nos momentos de discricionariedade da decisão proferida em processos administrativos disciplinares, David Duarte[72] ressalta a importância de se aferir o princípio da imparcialidade:

> "Ao abrigo do princípio da imparcialidade, no campo específico dos momentos de discricionariedade da decisão, podem elencar-se, então, quatro aberturas. Em primeiro lugar, quando não tenha havido ponderação, aspecto que não sendo exclusivo da imparcialidade também se lhe reconduz, verifica-se um vício de ausência de ponderação. Em segundo lugar, através do princípio da aquisição de material de ponderação, e quando as opções instrutórias não tenham conduzido à suficiência de informação e, ao longo do procedimento, não tenha havido uma adequada captação de factos e interesses, a decisão padecerá de um vício de défice do material de ponderação. Em terceiro lugar, quando não tenham sido integrados na ponderação em sentido estrito interesses relevantes, o que ocorrerá também em virtude de uma inércia justificativa do vício anterior, ocorre um desvio negativo da ponderação. E, em último lugar, nos casos em que a ponderação conclusiva seja efectuada com a integração de interesses irrelevantes, haverá um vício de desvio positivo ou de ponderação."

Portanto, os vícios da imparcialidade/impessoalidade, como limite interno da discricionariedade, se revelam como típicas transgressões de lei, na medida em que consubstanciam específicas desconformidades da decisão administrativa por violação direta de um princípio jurídico. Assim, o julgamento do processo administrativo disciplinar que despreze o conjunto probatório favorável ao servidor acusado se revela viciado e ilegal, porquanto o processo disciplinar tem como objetivo punir o servidor que infringiu os seus deveres/obrigações, como também o de absolver aquele que não tenha praticado atos infracionais.

6. Do princípio da publicidade

A publicidade é o quarto princípio previsto expressamente no *caput* do

artigo 37 da Constituição Federal.

Por esse princípio a atuação administrativa terá de ser transparente, sem ocultações[73] de atos e muito menos sigilo em relação a eles. Não se admite mais, nos dias de hoje, que a Administração Pública se utilize de normas e outros instrumentos que tenham o silêncio como a sua característica de atuação, uma vez que tem por finalidade, além de outras, atingir o bem comum.

A transparência, com plena divulgação dos atos administrativos, é requisito da própria moralidade, em decorrência de que atos irregulares somente podem ser contestados quando conhecidos.

Não há possibilidade de se opor à prática de atos administrativos ilegais se esses estão ocultos, sem a ciência do interessado ou da coletividade, que com a plena divulgação dos atos públicos têm a possibilidade de exercer o controle e a fiscalização necessários para impedir qualquer desvio interno.

A publicidade se efetiva com a publicação no *Diário Oficial*, dos atos praticados pelo Poder Público[74], para conhecimento dos cidadãos em geral e produção de seus efeitos[75].

Em alguns casos é necessária a citação ou intimação pessoal do interessado, *v. g*., tratando-se de processo administrativo disciplinar destinado a apurar responsabilidade funcional de servidor público por infração disciplinar praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as prerrogativas do cargo em que se encontra vinculado.

Dessa forma, a primeira fase do processo administrativo disciplinar se inicia com a sua instauração através de Portaria Inaugural e consequente publicação do referido ato, que inclusive constitui a Comissão[76]. Contudo, tipificada a infração disciplinar, o indiciado será citado por mandado expedido pelo Presidente da Comissão Disciplinar para apresentar defesa, no prazo de 10 (dez) dias, além de ter a faculdade de consultar o processo na repartição[77].

Como visto, mesmo o ato interno sendo publicado no *Diário Oficial*, o servidor público terá, obrigatoriamente, de ser citado pessoalmente, para dar validade ao processo administrativo disciplinar.

A publicidade, como princípio da Administração Pública, abrange todos os atos que a lei não declarar sigilosos, devendo os pareceres, despachos e providências tomados nos processos administrativos, procedimentos

licitatórios, orientações normativas, ou seja, todos os atos praticados pelo Poder Público, serem divulgados, para que surtam os legais e jurídicos efeitos em cada caso.

Hely Lopes Meirelles[78], corroborando o tema em análise, aduzia:

> "A publicidade, como princípio da administração pública (Const. Rep. Art. 37, *caput*), abrange toda a atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como também de apropriação de conhecimento da consulta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamento das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes." –[itálico e parênteses no original]–

Coube também ao ilustre e citado mestre deixar consignado[79], em sua magistral obra, que a publicação dos atos administrativos, em nosso país, se tornou obrigatória desde 1890, pelo Decreto 572, de 7 de setembro.

Antes da inserção do princípio *sub oculis* no texto constitucional, o Decreto 84.555, de 13-03-80, já impunha a obrigação de publicidade dos atos públicos.

Nunca é demais salientar que, em decorrência do contido no artigo 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942), as leis só começam a radiar seus efeitos depois de oficialmente publicadas.

Nos casos de processo licitatório, o Decreto-Lei 200, de 25.02.67[80], já impunha a publicidade como regra de transparência da licitação pública.

Como os atos estatais são públicos, a regra da transparência é imperiosa para conferir legitimidade à atuação do Estado[81]. Não significa que a publicação irá convalidar o ato praticado, pois ela apenas dará ciência ao interessado e a terceiros do que foi decidido na esfera interna da Administração, cabendo a eles conformar-se, acatar, ou recorrer da referida decisão.

Apesar de ser imperante o princípio da publicidade dos atos emanados pelo Poder Público, o inciso XXXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, admite informações sigilosas nos casos em que sejam "imprescindíveis à

segurança da sociedade e do Estado”[82]. Por certo, a respectiva regra é de índole excepcional e terá realmente de ser revestida de caráter de proteção à segurança da sociedade e do Estado, sob pena de infringir o princípio, que é o da transparência e da divulgação dos atos públicos.

Nesse contexto, são raríssimos os casos de sigilo, e uma das exceções trata-se das ações disciplinares contra Membros do Poder Judiciário, onde a apuração administrativa, em nome do interesse público, é processada em sigilo, visando a manter incólume a dignidade da Justiça[83].

Contudo, embora seja secreta a tramitação e o julgamento desses feitos, tem o Magistrado investigado o direito da ampla defesa, podendo acompanhar o feito e requerer certidões[84], além de estar presente, acompanhado de seu advogado, quando do julgamento[85].

Pelo princípio da publicidade dos atos estatais, é garantida a aplicação da regra encartada no inciso LX, do artigo 5º, da CF, que preconiza o *due process of law*. Deixando o princípio da ampla defesa de ser apenas inerente à esfera judicial, albergando-se em todos os procedimentos/processos administrativos em que haja o interesse direto ou não do administrado, que possui essa garantia como forma de proteger-se contra o arbítrio e a verdade sabida, que infelizmente ainda imperam no âmbito administrativo.

Também os incisos XXXIII e XXXIV, do artigo 5º, do Texto Fundamental, objetivando a proteção do interesse individual ou coletivo, garantem o direito de acesso às informações e certidões de Órgãos públicos, sendo o *habeas data* (Art. 5º, LXXXII, *a*, da CF) o procedimento adequado para a obtenção de informações e conhecimento de dados relativos à pessoa do impetrante.

Assume também relevo o princípio da publicidade nos concursos públicos, onde o candidato possui o direito subjetivo de acompanhar as fases e a ordem classificatória do certame através do Órgão de publicação oficial, como forma de garantir a licitude e a moralidade, que devem reger essa forma de provimento público[86]. Sob o prisma do Direito Comparado, na Espanha o princípio em tela é denominado *El principio da Transparencia*, com inicial aplicação de forma retraída, desenvolvendo-se e sendo recepcionado no curso dos anos, quando, por fim, obteve reconhecimento, com a consecução de sua real efetividade e aplicação. A lei de *Secretos Oficiales*, de 05 de abril de 1968, alterada em 07 de outubro de 1978, proclamou enfaticamente em seu artigo inaugural o princípio da

publicidade[87]:

> "Los órganos del Estado estarán sometidos en su actividad al principio de publicidad, de acuerdo con las normas que sigan su actuación, salvo en los casos en que por la natureza de la materia sea ésta declarada expressamente classificada, cuyo secreto o limitado conocimento queda amparado por la presente ley."

Apesar de essa Lei ressalvar os casos em que são classificados como matéria inerente à preservação do segredo, com a proibição de divulgação, a Lei n. 30/92, de 26 de novembro, que criou o Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum, estipulou expressamente que as disposições administrativas terão de ser publicadas no *Diário Oficial*, para produzirem efeitos jurídicos, consoante redação do seu artigo 52.1: "1. Para que produz con efectos jurídicos las disposiciones administrativas habrán de publicarse en el *Diario Oficial* que corresponda".

Todavia, apesar da publicação do ato administrativo, o artigo 58 da citada Lei determina que o interessado (administrado) seja notificado pessoalmente de todos os atos que afetem os seus direitos[88].

Na França, Jean Rivero ensinava que a regra imperante era a do segredo administrativo[89],

> "descontando os casos excepcionais em que a lei expressamente preveja certas fórmulas de publicidade, como um inquérito público em matérias de expropriação, era tradicionalmente denominada pelo princípio do segredo. O interessado não estava em situação de conhecer as diversas fases do procedimento que tinha determinado o sentido do ato."

Uma das únicas exceções à regra do sigilo estava presente nos casos de decisões administrativas que pretendiam impor ao servidor comportamento culposo, punindo-o disciplinarmente, até que a jurisprudência do Tribunal do Conselho de Estado, em nome do direito de defesa, aboliu o famigerado e abusivo sigilo, conferindo ao acusado ou interessado a possibilidade de conhecer e defender-se das acusações que lhe eram imputadas.

Objetivando mudanças, levou-se a efeito uma reforma decisiva, por intermédio da Lei de 17 de julho de 1978, que transformou a comunicabilidade como a regra e o segredo em exceção, sendo que essa

última hipótese ficaria enclausurada nos campos enumerados no artigo 6, do aludido comando legal. Dessa forma e, a partir da Lei acima referida, foi criada uma Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos, exatamente para impor a regra da publicidade dos atos e documentos públicos[90].

O mesmo posicionamento jurídico da França foi adotado na Argentina, onde inicialmente o procedimento administrativo era sigiloso. Como a democracia não permite que os atos públicos sejam mantidos sob sigilo, os cidadãos clamaram por conhecer os atos administrativos e parlamentares. Após alguma resistência, o direito do administrado de ter acesso aos arquivos públicos foi reconhecido na nova disciplina do procedimento administrativo, que permite a acessibilidade em relação às informações.

Bartolomé Fiorini[91] averba que a publicidade dos atos públicos foi decorrente de recente conquista do Direito Administrativo e que as Administrações são obrigadas em reconhecê-la plenamente tendo, inclusive, constituições das províncias argentinas que a reconhecem abertamente[92].

A materialização do acesso total à publicidade dos atos públicos foi introduzido no sistema jurídico argentino pelo artigo 38, do Decreto n. 1.759/72, sendo esclarecido por Bartolomé Fiorini[93]:

> "El administrado no necessita estar sumariado o perseguido por una acción represiva para tener conocimento de los actuados administrativos donde aparece afectado su derecho o interés legítimo. Tampoco los expedientes administrativos son secretos; no hay ni debe existir razóns de orden jurídico que impedia el conocimento de los expedientes administrativos en forma total y más cuando se debe ejercer el derecho de defesa."

A regra do segredo, dificilmente aceitável em uma administração democrática, foi abolida em vários países (Suécia, desde o século XVIII; Estados Unidos da América em 1969 etc.)[94], sendo que a publicidade dos atos permite não só a ampla defesa dos administrados, como também a fiscalização pela sociedade através da transparência, em relação à atuação do servidor público.

Em Portugal, pela reforma do contencioso de 1984-1985, foram instituídos os pedidos de intimações, que são ordens dadas pelo Juiz para

que alguém faça ou deixe de fazer algo, estipulando a Lei de Processo nos Tribunais Administrativos dois tipos de pedidos de intimações[95]:

1. pedido de intimação da Administração Pública para facultar a consulta de documentos ou processos, além da garantia de expedição de certidões;
2. pedido de intimação de particulares ou concessionários da Administração para cumprirem as normas de Direito Administrativo.

A publicidade, portanto, passou a ser um dos elementos essenciais dos atos administrativos, tendo o dever de atribuir eficácia perante os interessados e terceiros, além de manter o controle público pela sociedade.

Como visto, foi no Brasil que o princípio da publicidade recebeu ampla e irrestrita acolhida constitucional, sendo inserido no *caput* do artigo 37 exatamente para permitir que os cidadãos fiscalizem a transparência e retidão dos atos públicos.

Destarte, transformou-se o princípio da publicidade em norma fundamental do procedimento moderno, oposto ao segredo inquisitorial, estabelecendo como suprema garantia da sociedade em geral, a averiguação da razoabilidade dos atos administrativos praticados.

No processo administrativo disciplinar, todos os atos devem ser divulgados, para que o servidor público acusado tenha plena ciência do real desenvolvimento do referido processo.

A ocultação de fatos ou de atos no processo administrativo disciplinar acarreta como conse-quência uma grande violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, com total desdouro do *due process of law*, em decorrência de que o servidor acusado ficaria totalmente indefeso, sem saber como proceder ou do que está sendo acusado.

Em um Estado Democrático de Direito, a publicidade tem como objetivo maior a informação plena e eficaz de todos os atos públicos.

7. Do princípio da eficiência

Esse princípio constitucional, introduzido pela reforma administrativa (PEC 41 – inicialmente como Princípio da Qualidade do Serviço prestado), foi alterado na sua redação final, contida na Emenda Constitucional n.

19/98, para Princípio da Eficiência, o qual obriga a Administração Pública a prestar os seus serviços com eficiência.

Não seria já a tarefa da Administração Pública prestar os seus serviços com eficiência? Seria uma redundância a eficiência constar como uma obrigação?

Para se obter essas respostas, mister se faz a indagação do conceito de serviço público, para se extrair a conclusão lógica de que é pressuposto de validade do serviço a qualidade, tendo em vista que o destinatário final é a sociedade, que, como pagadora dos impostos e encargos cobrados pelo Estado, possui o direito de receber uma contraprestação, no mínimo, com qualidade e zelo por parte do prestador daquela função.

Para Maurice Hauriou[96], serviço público é o caráter técnico prestado ao público de maneira regular e contínua, para satisfazer uma necessidade pública.

Já Gaston Jèze[97], ao iniciar a sua exposição sobre o serviço público, deixou expresso que a Administração Pública tem por missão satisfazer as necessidades de interesse geral, citando como exemplo a defesa nacional, justiça, trânsito, polícia etc.

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello[98] conceitua serviço público como “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade de material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público (...)”.

Portanto, os citados publicistas convergem para o entendimento de que o serviço público é uma atividade assumida por uma coletividade pública, com o intuito de satisfazer o interesse da sociedade[99].

Obviamente, para satisfazer o interesse dos administrados, os serviços públicos terão de ser prestados com qualidade e eficiência, tendo em vista que o *Estado de Polícia* deixou de ser o prevalente para transformar-se em Estado assistencial ou do bem-estar social (*Welfare State*).

Contudo, o curso dos anos demonstrou que o Estado era totalmente intervencionista e que não satisfazia com qualidade e eficiência os anseios da sociedade, deixando muito a desejar em relação à prestação de vários serviços entregues ao seu domínio.

Tal realidade levou o legislador constituinte a introduzir na Constituição Federal de 1988 alguns dispositivos que visam a garantir aos cidadãos um

recebimento eficaz e qualitativo da prestação de serviços, a saber:

- Art. 5º, inc. XXXII, atribui ao Estado a defesa do consumidor;
- Art. 5º, inc. LXXVIII, estabelece a celeridade processual e razoável duração do processo judicial e Administrativo;
- Art. 22, inc. XXXVII, defere à União a competência para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação pela Administração Pública;
- Art. 37, § 3º, confere à lei a tarefa de disciplinar sobre as reclamações relativas à prestação de serviços públicos;
- Art. 37, § 6º, impôs a responsabilidade objetiva do Estado;
- Art. 170, inc. V, consagra os princípios de proteção ao consumidor;
- Art. 175, inc. IV, obriga que as concessionárias ou permissionárias do serviço público forneçam o mesmo de maneira adequada.

Como visto, nova fase no âmbito da prestação de serviços foi introduzida, objetivando uma melhor eficiência e qualidade do serviço colocado à disposição da sociedade, com a imposição expressa do serviço adequado.

A Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175, da Constituição Federal, impôs que o concessionário ou permissionário do serviço público prestem o serviço adequado aos usuários ou consumidores, com pleno atendimento às suas necessidades, sendo estipulado no § 1º, do artigo 6º, o que venha a ser o verdadeiro serviço adequado: “Serviço adequado é o que satisfaz às condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generosidade, cortesia na prestação e modicidade das tarifas”.

Cuidou, assim, a Lei de Concessões de dar enfoque principal à qualidade do serviço público, erigindo como direito do consumidor receber o serviço adequado com as suas necessidades, incumbindo ao poder concedente regulamentar e fiscalizar permanentemente a aludida prestação de serviços[100].

Também é tarefa indelegável do poder concedente, zelar pela boa qualidade e eficiência do serviço, recebendo e apurando queixas e reclamações dos usuários, cientificando em até 30 (trinta) dias o interessado das providências tomadas[101].

Para atingir o seu objetivo, o Poder Público no uso do seu *ius variandi* expedirá recomendações para que a concessionária aprimore a qualidade do serviço prestado[102].

A preocupação com a qualidade e eficiência dos serviços prestados passou a ser imperativo constitucional, devendo o Poder Público ficar atento a essa imposição, fiscalizando não só a prestação, como também a qualidade do serviço colocado à disposição da coletividade.

Para o servidor público que desempenhar o seu *munus* com padrão de qualidade, afinco e eficiência, esse preceito constitucional será de grande valia, pois constitui finalidade, estabelecida pelo Constituinte, a qualidade do serviço prestado.

Ora, se eficiência é uma determinação constitucional, o servidor que se adequar ao contexto do desempenho de um serviço com qualidade não poderá ser demitido, mesmo que não possua estabilidade constitucional, tendo em vista que, nesses casos, existe a incidência da cláusula do *during good behavior* (enquanto bem servir), que impede a dispensa *ad nutum*[103].

Pela citada cláusula de *enquanto bem servir*, o servidor não pode ser demitido, por ser norma protetora da sociedade e do próprio servidor, que só perderá o cargo ou emprego se der azo a uma infração disciplinar, apurada mediante competente e regular processo administrativo disciplinar, com ampla chance de defesa para o acusado (Art. 5º, LV, da CF). Essa garantia é extremamente necessária, pois a dispensa imotivada trata-se de uma das mais odiosas formas de perseguição ao servidor, que ao cair no desagrado da chefia possui a cláusula do *during good behavior* como garantia mínima para continuar exercendo a sua função pública com qualidade.

O excesso de poder do administrador público se faz presente quando ele age movido por interesses pessoais, bem como dispensa servidor imotivadamente, em total e desvairado abuso de poder.

O abuso de poder na dispensa imotivada de servidores públicos que prestam seus serviços com eficiência e qualidade toma vulto relevante, quando se constata que o ente de direito público é obrigado, quando emanar seus atos, a motivá-los, face ao princípio da relevância dos motivos do *ius publicum*, básico para o controle dos atos públicos e aferição da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e razoabilidade do ato motivado.

Portanto, o novo princípio constitucional da eficiência do serviço prestado

possui o poder de estabilizar servidor que desempenhe com qualidade o seu mister, ficando, inclusive, imune à redução do quadro, pois a Administração ficará obrigada a incentivar a prestação do serviço com qualidade. Essa é uma das finalidades elencadas pelo constituinte revisor. Dessa forma, quando a Administração desejar diminuir os seus quadros, demitindo alguns dos servidores públicos, deverá preservar os que exercem a prestação de serviço com qualidade, em decorrência de que quem tem o poder de aferir se há ou não qualidade no serviço é o usuário e não o ofertante.

Dessa forma, o presente preceito constitucional constitui verdadeira garantia para o eficiente servidor público, que se for acometido de uma perseguição abusiva terá o caminho do Poder Judiciário para provar que, como cumpridor dos seus deveres com afinco e eficiência, possibilita qualidade na prestação do serviço, o que, por si só, acarreta no preenchimento da finalidade pública. Não podendo, dessa maneira, sofrer demissão ou retaliação, pois o princípio imperante é o padrão de qualidade do serviço prestado.

A qualidade do serviço prestado somente é constatada pelo exercício eficaz e qualitativo do servidor público, tendo como julgador o usuário, que é o destinatário final da prestação de serviço.

Até que seja regulamentado, por lei, o padrão de eficiência e qualidade do serviço público prestado, basta que o servidor cumpra os deveres elencados no Estatuto ou no Código Disciplinar, acrescido de um bom rendimento e presteza no trato com os que solicitam a prestação de seus serviços, que estará exercendo a sua função com eficiência.

A Lei n. 8.112/90, no seu artigo 116 e incisos, dispõe sobre os deveres do servidor público, a seguir declinados alguns:

- exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;
- ser leal às instituições a que servir;
- observar as normas legais e regulamentares;
- cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;
- atender com presteza ao público em geral (...);
- levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo;
- zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público;

- guardar sigilo sobre assunto da repartição;
- manter conduta compatível com a moralidade administrativa;
- ser assíduo e pontual ao serviço;
- tratar com urbanidade as pessoas;
- representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder (...).

O Estado terá de criar uma estrutura organizacional visando a implementar a determinação constitucional em tela, administrando ou supervisionando os serviços públicos prestados com qualidade e colocados à disposição dos cidadãos.

Seria irrazoável que determinado Órgão público, o qual estivesse cumprindo seu papel com êxito, diminuísse seu quadro de pessoal, a ponto de reverter a prestação de serviço eficiente, para um serviço totalmente falho e ineficiente.

Portanto, há que se ter sempre como objetivo a qualidade e eficiência do serviço prestado, bem como a capacitação do servidor público que ministra e presta o aludido serviço.

Na Itália, a doutrina faz referência ao princípio do bom funcionamento dos serviços públicos, o que se explica pela sua recepção constitucional, contida no artigo 97: "*Los servicios públicos se organizarán según las disposiciones de la ley, de forma que se garanticen el buen funcionamiento y la imparcialidad de la Administración*".

O bom funcionamento a que alude o texto constitucional italiano pode ser tido como um sinônimo de qualidade do serviço público, estipulado pela reforma administrativa no nosso país, tendo em vista que esse conceito é fundamental no moderno Estado de Direito.

A fórmula constitucional *bom andamento* é traço marcante da velha ideia, pré-constitucional, de boa administração. Sendo que a boa administração se transmuda na própria qualidade do serviço prestado.

Já em Portugal, a Constituição não é expressa sobre o conceito de funcionamento ou qualidade no serviço público, apenas faz referência que o procedimento da atividade administrativa deverá ser feito com "racionalização dos meios a utilizar pelos serviços" (Art. 267, n. 4, da CRP). Para o publicista lusitano, João Carlos Simões Gonçalves Loureiro, a racionalização se configura com a rendibilidade (produtividade), aparecendo também para aferir a eficiência *stricto sensu*[104].

Em um plano global, a eficiência da Administração Pública como um todo está entrelaçada com a qualidade do serviço prestado, que passou a ser prerrogativa constitucional do consumidor, e uma garantia de permanência na função do servidor público que desempenhar o seu mister com qualidade e eficiência.

Esse direito deverá ser invocado pelo usuário do serviço público, que terá a condição de avaliar a prestação do serviço recebido. Assim, a dignidade do consumidor e do servidor público, prestador do serviço, está sendo resgatada pelo Constituinte, devendo a Administração Pública treinar e capacitar os seus servidores públicos, oferecendo remunerações justas e razoáveis, com reajustes periódicos, que lhes preservem o poder aquisitivo.

8. Do instituto do processo de licitação pública

Objetivando estabelecer a preservação e real efetividade dos princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, probidade e da economicidade aplicáveis, de igual forma, a questões pertinentes ao patrimônio público, o Legislador Constituinte estabeleceu no artigo 37, XXI, da CF, a regra da obrigatoriedade da licitação.

Posicionamo-nos[105] a respeito da definição do instituto da licitação, em Obra de nossa autoria, *verbis*:

> "(...) a licitação pode ser definida como o processo instaurado pelo qual o ente público, visando o interesse da coletividade, convoca os interessados para se submeterem às regras preestabelecidas, fornecendo suas propostas comerciais, a fim de selecionar-se a que é mais eficiente e vantajosa para o Estado."

Esse instituto cresceu de importância no curso dos anos, quando se verificou a perda progressiva da capacidade de investimento do Estado brasileiro em infraestrutura. Essa situação teve e tem tido implicações preocupantes, comprometendo a qualidade da prestação dos serviços públicos com a consumação de desequilíbrios econômicos pela elevação do chamado "custo Brasil"[106].

Destarte, ao inverso dos particulares, que podem dispor de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, contratar a

execução de obras ou serviços[107], o Estado para tomar essas medidas necessita adotar e promover o devido processo de licitação pública como forma de aferir a melhor proposta oferecida.

Em suma, como a Administração é a *gestão de serviços públicos*, não se concebe a sua existência sem que haja o devido serviço. Sendo que ela deve ser submetida não só aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, mas também aos dispositivos previstos na Lei n. 8.666/93, que autorregulamentou o inciso XXI, do artigo 37, da CF[108].

Portanto, tem por escopo o processo de licitação a consecução da moralidade administrativa, vinculando a Administração Pública e administrados a se submeterem às regras preestabelecidas no edital convocatório e na Lei n. 8.666/93, para que a melhor proposta vença o certame, sem quaisquer privilégios fortuitos para alguns em detrimento daqueles que seriam a melhor opção para o interesse da coletividade, com a oferta de preço mais viável do serviço/tarifa.

Contudo, a própria Lei n. 8.666/93 estabeleceu situações legais em que não há necessidade do processo licitatório público, podendo ser este dispensado (art. 24) ou a sua inexigibilidade (art. 25), que são exceções à regra, por serem situações excepcionais onde a competição (certame) não se afigura como a melhor opção para o ente público.

Sendo ultrapassado o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos (Lei n. 8.666/93) com a sanção e publicação da Lei n. 10.520/02, que instituiu modalidade de licitação denominada de pregão, para aquisição de bens e serviços comuns.

Portanto, pela nova disposição constitucional, além da obrigatoriedade da observância dos princípios elencados no *caput* do artigo 37 da Lei Maior, houve a expressa determinação do processo de licitação pública assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei.

Nesse sentido, a teoria do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos foi elaborada pela jurisprudência do Conselho de Estado na França, com a finalidade de preservar a cláusula que garante a preservação da proposta vencedora do certame licitatório.

Em sendo assim, a equação econômico-financeira do contrato é a manutenção entre o objeto e o preço do serviço/tarifa, que deve estar

presente no momento em que se afirma o ajuste, pois o fator tempo não poderá alterar o que fora previamente pactuado.

De forma acertada houve a constitucionalização dos principais pontos, que se mostravam obscuros, do instituto do processo de licitação pública, que no ordenamento jurídico anterior somente eram mencionados.

9. Responsabilidade civil

O princípio da responsabilidade civil do Estado foi objeto de previsão em todas as nossas Constituições Federais.

Em sendo assim, pode-se afirmar que a tese da irresponsabilidade civil do Estado jamais teve respaldo nas Constituições Federais da República Brasileira, sendo oportuno ressaltar que o artigo 179, n. 29, da Constituição Política do Império do Brasil, jurada a 25 de março de 1824, já fazia previsão do referido princípio aplicável aos agentes públicos: "Os Empregados Públicos são estrictamente responsáveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos". Somente o Imperador é que era irresponsável, a teor do disposto no artigo 99, da citada Constituição.

Finalmente, a fase da responsabilidade sem culpa, entendendo-se a expressão jurídica, tal qual o instituto, como sendo a teoria do risco administrativo, teve origem no disposto pelo artigo 194, da Constituição de 18 de setembro de 1946, *verbis*:

> "*As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros*." Assegurando o seu parágrafo único à ação regressiva contra o funcionário causador do dano, ou quando tenha havido culpa do mesmo.

A teoria do risco administrativo foi adotada na Constituição de 24 de janeiro de 1967, em seu artigo 105, e também na Emenda Constitucional de 17 de outubro de 1969, sendo prevista no seu artigo 107, *verbis*: "*As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.*" Observando-se que o

parágrafo único, do citado artigo manteve eficaz a regra da ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

Por fim, a Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988, praticamente repetindo o princípio da anterior, fez, contudo, uma inovação em seu artigo 37, § 6º[109], ao aplicar a teoria do risco administrativo também para as empresas de direito privado prestadoras de serviço público.

Procurou o Constituinte originário utilizar-se do vocábulo *agente*, abolindo o termo funcionário, constante na Carta anterior, pelo fato de o referido termo não ser apropriado, em decorrência de que, em sentido técnico, trata-se daquele que ocupa cargo público, regido pelo Estatuto dos Servidores Públicos. Contudo, se entenda que o termo utilizado deveria ser interpretado em sentido amplo para indicar não só o servidor ou o agente público, mas, de igual forma, toda pessoa que se incumbe de realizar algum serviço ou tarefa pública, "em caráter permanente ou transitório"[110].

Nesse teor, Hely Lopes Meirelles deixou registrado:

> "A Constituição atual usou acertadamente o vocábulo agente, no sentido genérico de servidor público, abrangendo, para fins de responsabilidade civil, todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório. O essencial é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa no exercício de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las. Para a vítima é indiferente o título pelo qual o causador direto do dano esteja vinculado à administração; o necessário é que se encontre a serviço do Poder Público, embora atue fora ou além de sua competência administrativa."

A responsabilidade civil pressupõe a existência de prejuízo a ser ressarcido pelo lesante, segundo autorizado posicionamento de Caio Tácito[111], sendo que, no caso do Estado, essa lesão (culpa) pode ser acarretada pelo serviço prestado de forma defeituosa ou pela falta dele, em abono à teoria do risco administrativo. Não se cogitando, contudo, culpa da Administração Pública ou de seus agentes, bastando estar configurado o fato danoso e ilegal, culminado por uma ação ou omissão, o ente público estará sujeito ao pagamento de indenização correspondente.

A citada teoria do risco administrativo toma como base compensar a desigualdade verificada no confronto do indivíduo com o Estado.

Em suma, a Constituição Federal estabelece a obrigação e a

responsabilidade estatal objetiva de indenizar/compensar, sempre que haja lesão resultante da atividade própria do agente público ou de seus prepostos.

10. Dos direitos constitucionais do servidor público

A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal para atingir sua finalidade institucional necessita contratar servidores[112] para tal fim, objetivando o preenchimento de cargos, empregos ou funções públicas.

Para disciplinar essa relação jurídica, a Constituição Federal, seguindo o posicionamento político-jurídico da Teoria da Constitucionalização do Direito Público, trouxe importantes considerações sobre o tema, em decorrência de que instituiu direitos e deveres básicos para o competente, bom e fiel exercício da função pública.

São os seguintes direitos estabelecidos no artigo 37 e seus incisos da CF:

10.1. Acessibilidade à função pública

A regra constitucional do direito de acesso ao serviço público vem prevista no artigo 37, I, da CF, onde os cargos, empregos e funções públicas estão à disposição dos brasileiros natos e naturalizados, bem como dos portugueses que preencherem os requisitos estabelecidos em Lei.

Os brasileiros naturalizados e os portugueses podem exercer cargo público, em conformidade com o disposto no § 3º, do artigo 12, da CF, exceto para: Presidente e Vice-Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados, Presidente do Senado, Ministro do STF, Carreira diplomática, Oficiais das Forças Armadas e os seus assentos no Conselho da República e Ministro da Defesa.

E coube ao artigo 5º, da Lei n. 8.112/90, estabelecer os requisitos básicos para a investidura em cargo público. Sendo estes imprescindíveis, podendo, entretanto, o Legislador fazer a previsão de outros, desde que não sejam discriminatórios ou contrários aos estabelecidos na Constituição Federal. São eles:

- nacionalidade brasileira;
- estar no gozo dos direitos políticos;
- estar em dia com as obrigações militares e eleitorais;
- escolaridade exigida;
- idade mínima de 18 (dezoito) anos;
- aptidão física e mental.

O requisito básico referente à nacionalidade brasileira exigido pelo disposto no inciso I do artigo 37 da CF teve a sua redação inicial alterada pela EC n. 19, de 4 de junho de 1998, permitindo, de igual forma, a acessibilidade dos estrangeiros aos cargos públicos, na forma da Lei. Em sendo assim, os estrangeiros não necessitam mais naturalizar-se para ter acesso aos cargos, empregos ou funções públicas da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal (com exceções, conforme aduzido anteriormente).

Gozo dos direitos políticos significa, entre eles, poder votar e ser votado. No posicionamento de Alexandre de Moraes[113]:

> "Direitos Políticos são o conjunto de regras que disciplinam as formas de atuação da soberania popular, conforme preleciona o *caput* do art. 14 da Constituição Federal. São direitos subjetivos que investem o indivíduo no *status activae civitis*, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania." –[itálico no original]–

São direitos políticos: *a)* direito de sufrágio; *b)* direito de votar em eleições; *c)* elegibilidade; *d)* iniciativa popular de Lei; *e)* ação popular; *f)* organização e participação de partidos políticos.

Destarte, o servidor público que for demitido por ato de improbidade administrativa e tiver o exercício de seus direitos políticos tolhidos por determinado período terá de aguardar o restabelecimento destes (prazo imposto na sentença condenatória transitada em julgado) para voltar a se submeter a outro concurso público. Tal regra vale para todos que tiverem cassados seus direitos políticos.

Deverá o pretendente ao cargo público estar em dia com as obrigações militares e eleitorais. Portanto, exige-se que ele tenha servido ou sido

dispensado do serviço militar obrigatório além de estar quite com as suas obrigações eleitorais. Tanto o serviço militar como o direito do voto em eleições[114] são obrigatórios e se não forem cumpridos dentro das formalidades legais exigidas inabilitam o pretenso candidato ao cargo público.

O artigo 143 da CF repete dizeres dos comandos constitucionais anteriores e torna o serviço militar obrigatório.

Com relação ao outro requisito formal necessário para a acessibilidade ao cargo oferecido, qual seja, o grau de escolaridade, este deve ser comprovado com a respectiva prova documental da escolaridade exigida. A apresentação da documentação necessária, que comprova o grau de escolaridade se dá ao final do certame público, antes da posse, e não quando da inscrição do candidato no aludido concurso público (Súmula n. 266/STJ).

A exigência por parte da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, de determinado nível de escolaridade para o exercício da função pública encontra fundamento na própria especialização técnica da atribuição da referida função que será exercida. Destarte, exige-se o necessário e imprescindível nível de escolaridade para a investidura no cargo público, objetivando haver a compatibilidade entre o exercício da função com a capacidade intelectual exigida do futuro servidor público.

O que não poderá ocorrer em hipótese alguma é o abuso ou desvirtuamento dessa necessária exigência, em afronta ao que vem estabelecido na Lei, *v.g.*: para o ingresso em determinado cargo de provimento efetivo onde o nível superior dos candidatos é requisito formal, torna-se ilegal impô-lo a apenas alguns deles, em detrimento aos demais.

No que diz respeito à idade mínima de 18 (dezoito) anos, ela foi estipulada pela Lei n. 8.112/90, levando-se em consideração que somente o maior de idade é que poderá se tornar servidor público detentor de um cargo. É vedado ao menor de idade o ingresso no serviço público, seja a que título for, inclusive para exercer cargo em comissão.

Por fim, os requisitos formais exigidos pela Lei, referentes à aptidão física e mental, devem ser aferidos de modo técnico, em decorrência de que as aludidas etapas (físicas e mentais) deverão ser levadas a efeito através de método objetivo sob pena de serem invalidadas judicialmente. Ou, em

outras palavras, qualquer exigência desarrazoada ou desproporcional torna-se ilegal. É o caso do exame psicotécnico, onde, na maioria das situações, a avaliação do candidato é feita com base em critérios subjetivos, sem um grau mínimo de objetividade.

Assim, trata-se de requisito essencial para o exercício da função pública a aptidão física e mental, "que há de ser entendida como aquele de estar o candidato capacitado física e mentalmente para o desempenho das atividades da função"[115].

Aptidão física se atesta por junta médica oficial. Portanto, antes da posse do candidato aprovado ele terá de ser avaliado, inclusive com a feitura de exames clínicos médicos, como pré-requisito formal para o exercício da função pública.

Na atualidade tem-se presenciado a eliminação de candidatos aprovados em concursos públicos justamente no exame de aptidão física e mental necessários para a investidura em cargo público, por terem sido considerados inaptos para o desempenho do cargo pleiteado, sem que eles apresentem problemas físicos ou mentais que os tornem incapazes para assumir os deveres inerentes à nova função pública.

Isso porque exames clínicos médicos oficiais muitas vezes são efetivados em descompasso com a realidade (física e mental) do candidato, que pode apresentar um quadro simples de redução de visão (miopia) ou de incapacidade auditiva parcial, bem como outras pequenas imperfeições as quais são corrigíveis e que não configuram impedimentos para o exercício da função pública.

Com a constante evolução da Medicina, pequenas enfermidades ou deficiências que, em um passado recente, limitavam física e mentalmente as pessoas, já não perduram na atualidade. Por essa razão, deve a avaliação médica oficial deixar de ser rigorosa, retratando fielmente as características físicas e mentais do candidato, de forma objetiva e impessoal, para que se tenha a correta dimensão sobre a aptidão ou não do mesmo para o exercício de determinada função pública.

O respectivo exame médico não é ato de prepotência do Poder Público e nem poderá ser utilizado como uma burla à ordem de classificação dos candidatos que se submeteram ao concurso público.

Dessa forma, qualquer interpretação desarrazoada da junta médica oficial, que não possua respaldo no quadro clínico do candidato, deve ser abstraída,

pois a Medicina moderna fornece critérios objetivos capazes de modificar posições contrárias à realidade física e mental do futuro servidor.

Havendo divergência de interpretação legal, entre o médico oficial e o particular, caberá ao Poder Judiciário dirimir a controvérsia, através da realização de competente perícia médica, feita pelo *expert* do juízo.

A previsão da moléstia como incapacitante, de forma a limitar a acessibilidade do candidato ao ingresso no cargo público, deve ser devidamente definida como tal e não ser grafada de forma genérica pela junta médica oficial. Possibilidade de laudo pericial realizado na esfera judicial considerar os diferentes aspectos da patologia de determinada doença, para declarar o candidato apto ao *munus* público.

10.2. Concurso público para a investidura de cargo ou emprego público

A investidura em cargo ou emprego público dependerá de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, consoante determinação explícita do artigo 37, II, da CF.

A única ressalva que o citado inciso constitucional faz é quanto às nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, que não necessita da precedência do certame público.

Objetiva o concurso público de provas ou de provas e títulos admitir o candidato mais bem preparado, em igualdade de condições para todos.

Ao estabelecer o presente sistema, o Poder Público possui como meta selecionar os candidatos que demonstrem maior capacidade técnica, científica e profissional, para que o cargo público seja preenchido pelos mais capacitados, ou seja, aqueles que irão proporcionar melhor qualidade ao serviço público, através do seu labor.

A nomeação de servidor público para cargo efetivo sem concurso público pode ser desfeita antes da posse (Súmula n. 17/STF).

Não pode o Edital do concurso público criar obstáculos que possam invalidá-lo, em decorrência de que vige o princípio da acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

Pelo concurso público são asseguradas a todos os candidatos iguais condições. Para que eles sejam avaliados pelo sistema de mérito, a fim de que sejam escolhidos aqueles que se destacaram na classificação final do certame.

O concurso possui 3 (três) postulados fundamentais para a sua própria validade, sendo o primeiro a observância ao princípio da isonomia, verificado no tratamento igualitário a todos os interessados em ingressar no serviço público, através da disputa pela melhor classificação. O princípio da moralidade é o segundo requisito legal do certame, em decorrência de que por ele o Poder Público não pode favorecer ou perseguir esse ou aquele candidato que em face dos critérios adotados pela Administração Pública não podem possuir atributos diferenciados. Por esse princípio são afastados os apaniguamentos, bem como é proibido o nepotismo. Por derradeiro, o princípio da competição estabelece que os candidatos que participam do certame público serão nomeados pelo critério da melhor classificação.

A classificação em concurso público por meio de provas ou de provas e títulos não gera direito à nomeação, consistindo dever do administrador público o respeito à ordem classificatória.

O concurso público, previsto em Edital, poderá ser realizado em duas etapas, dependendo do interesse e da conveniência da Administração Pública.

Realizado em duas etapas, a primeira geralmente é aquela em que são exigidos do candidato os exames de provas de conhecimento, através da avaliação intelectual dele (provas objetivas), além da avaliação física, psicológica e médica, sendo essa fase eliminatória e classificatória.

No exame psicotécnico o critério deve ser objetivo, devendo o candidato ter conhecimento amplo de como será avaliado, visto que o Poder Judiciário não permite que nesse tipo de avaliação prevaleça critério subjetivo do responsável por ele.

Deve o Poder Público divulgar previamente quais são os pontos objetivos da avaliação psicológica do candidato, sob pena de nulidade da referida avaliação, em decorrência de que é vedado o caráter sigiloso desta.

Destarte, o Edital do certame está obrigado a deixar bem nítido qual o caráter psicológico necessário para o provimento do Cargo de Delegado de Polícia Federal, através de critérios objetivos, capazes de atestar o perfil profissiográfico necessário[116].

Na tentativa de evitar abusos o Conselho Federal de Psicologia criou a Resolução n. 001/2002, que regulamentou a avaliação psicológica em concurso público e o processo seletivo da mesma natureza, onde o seu art. 3º determina que o edital do concurso público deve relacionar os aspectos psicológicos (objetivos) considerados compatíveis com o desempenho esperado para o exercício do cargo, *litteris*: "O Edital deverá conter informações, em linguagem compreensível ao leigo, sobre a avaliação psicológica a ser realizada e os critérios de avaliação, relacionando-os aos aspectos psicológicos considerados compatíveis com o desempenho esperado para o cargo".

O princípio da publicidade a que alude o artigo 37 da CF tem como escopo tornar transparente o ato público, para que haja o tão necessário respeito aos direitos e às garantias individuais de todos os cidadãos.

Do contrário, teríamos uma Administração Pública atuando de modo escuso e despótico, preocupada em violar direitos coletivos, com manifesto abuso de poder.

A segunda etapa do concurso público geralmente é eliminatória, consistente na avaliação do candidato mediante treinamento específico, sendo que essa avaliação refere-se ao seu comportamento e desempenho no treinamento específico, em relação ao que diz respeito a um cargo na carreira que está disputando.

Convocado o candidato para a segunda etapa do concurso público, ele deverá cumpri-la na forma do disposto no Edital do certame e, se estiver com uma classificação compatível com o número de vagas oferecidas pela Administração Pública, será nomeado.

Todavia, é poder discricionário da Administração Pública determinar a realização do concurso em duas etapas, contudo, não sendo obrigatório tal desdobramento.

Por outro lado, o artigo 37, III, da CF confere ao concurso público o prazo de validade de até 2 (dois) anos, prorrogável uma vez, por igual período.

Durante o prazo de validade do concurso público, previsto no respectivo Edital, o candidato aprovado no certame será convocado com prioridade sobre os novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira.

Frequentemente alguns órgãos deixam de prorrogar o concurso público para abrir novo certame, sem exaurir o estoque dos candidatos aprovados anteriormente. Antes de findo o prazo de validade do concurso, esses

candidatos deverão solicitar o cumprimento do disposto no § 2º do art. 12 da Lei n. 8.112/90, que estabelece “não se abrirá novo concurso enquanto houver candidato aprovado em concurso anterior com prazo de validade não expirado”, pois não se admite que o Poder Público se transforme em mero arrecadador de taxa de inscrição, promovendo certame novo, sem o esgotamento do estoque dos candidatos aprovados anteriormente. Esse ato desrespeita a dignidade do candidato, que, ao submeter-se à disputa, teve o desgaste do seu tempo com estudos, gastos financeiros e a expectativa de ser aprovado. Assim, o Poder Público não pode ser irresponsável e leviano com vidas alheias, pois ele foi concebido para atingir finalidades públicas e não para vilipendiar pessoas.

Quanto à abertura de novo processo seletivo, mesmo que ele esteja ainda no prazo de validade de outro concurso público, é poder discricionário da Administração Pública realizá-lo (art. 37, IV, da CF), desde que não deixe de nomear os candidatos aprovados, em concurso anterior, dentro do número de vagas oferecidas, visto que os princípios da moralidade, transparência, direito adquirido e da razoabilidade seriam ofendidos.

A validade de até 2 (dois) anos do concurso público faculta à Autoridade pública eleger o período não excedente a este. Já não acontece isso na prorrogação do certame, pois a prorrogação do prazo de validade está sujeito a regime jurídico vinculado, tendo em conta que o legislador, seguindo o disposto na CF, foi taxativo em estabelecer que seria “por igual período”. Ou seja, inicialmente a Administração Pública pode, através da sua discricionariedade (oportunidade e conveniência), estabelecer o prazo de validade do concurso em um período não excedente aos dois anos, podendo, inclusive, fixar este em meses. O que não poderá ocorrer é uma prorrogação fracionada em número de meses inferiores a 2 (dois) anos, pois a lei vincula ao período certo e determinado de 2 (dois) anos.

Assim, o candidato aprovado, mesmo fora do número de vagas oferecidas no concurso público anterior, pode solicitar a sua nomeação se a Administração Pública não observar a regra já citada, visto que a abertura de novo certame pressupõe o esgotamento do estoque dos candidatos aprovados. Assim sendo, se for estabelecida uma prorrogação do prazo de validade do concurso, em período inferior a 2 (dois) anos, e *a posteriori* o Poder Público promover a abertura de novo processo seletivo, o candidato habilitado no concurso anterior poderá demonstrar que houve violação à regra vinculada da prorrogação do concurso público pelo prazo fixo de 2

(dois) anos, e, sendo assim, como candidato aprovado possui o direito adquirido de ser nomeado, já que a Administração Pública ao promover novo certame, sem utilizar-se do estoque de candidatos aprovados, viola a razoabilidade e a moralidade, em decorrência de que deveria destinar as novas vagas aos anteriores concursados aprovados.

Tivemos a oportunidade de discorrer sobre a falta de razoabilidade de Edital que fixou o prazo de validade do certame para 4 (quatro) meses após a homologação da primeira etapa, de um total de duas fases:

> "Exemplo claro de falta de razoabilidade foi demonstrada pelo Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, quando baixou o Edital de Convocação para a realização de concurso público, em 1997, com vistas a cumprir o que determina o art. 37, II, da Constituição e permitir a investidura em cargo público, mediante competente concurso público, onde a norma editalícia fixou o prazo de validade do certame para quatro meses após a homologação da primeira etapa, de um total de duas fases." Ocorre que, apesar da exiguidade do prazo de validade do concurso, a citada autarquia apenas divulgou o resultado dos aprovados no certame sem providenciar o ato expresso da homologação, além de promover novo concurso com o mesmo prazo de validade de 04 (quatro) meses a contar também da homologação da primeira etapa, para preenchimento das vagas não preenchidas pelo certame anterior. Em sendo assim, exsurgem dois tipos de falta de razoabilidade: *a)* o prazo de validade do concurso não foi expirado, pois ao não providenciar ato expresso de homologação, a administração do certame deixou prorrogar automaticamente o prazo para até (02) dois anos mínimos, a que alude o inciso III, do art. 37 da CF; *b)* por igual, a razoabilidade foi rompida também pelo abusivo e ilegal ato da autoridade responsável pelas normas contidas no Edital, pois demonstra um total desvirtuamento do espírito que deve nutrir os concursos públicos, que é o de provimento do candidato brasileiro nato, naturalizado ou português e aprovados, sendo essa a finalidade do certame. Ora, a partir do momento em que se fixa prazo exíguo de validade, constata-se que o objetivo da Administração está sendo voltado para a coleta da taxa de inscrição do candidato, deixando de lado o real interesse da sociedade, que é a de ser servida por pessoas qualificadas e preparadas para exercerem o *munus* público."[117]

Em hipótese similar a que tomamos como exemplo em nossa Obra

intitulada *O Contrato Administrativo*[118] se pode extrair a julgada no RE n. 192.568-0/PI, onde o STF afastou abuso de poder por parte da Administração e, em nome do princípio da razoabilidade, corrigiu o ato administrativo (edital) em prol da sociedade, mantendo a finalidade do certame, ou seja, convocar os candidatos aprovados no concurso, com a utilização plena do estoque passado, para após chamar os novos aprovados no concurso posterior:

> "Concurso público. Edital. Parâmetros. Observação. As cláusulas constantes do edital de concursos obrigam candidatos e Administração Pública. Na feliz dicção de Hely Lopes Meirelles, o edital é lei interna de concorrência. Concurso Público. Vagas. Nomeação. O princípio da razoabilidade é concedente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. Exsurge configurados de desvio de poder, ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável em publicação de novo edital com idêntica finalidade. 'Como o inciso IV (do art. 37 da Constituição Federal) tem o objetivo manifesto de resguardar procedências na sequência dos concursos, segue-se que a Administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade de concurso anterior para nomear os aprovados em certames subsequentes. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia letra morta, constituindo-se na mais réptil das garantias.' (Celso Antônio Bandeira de Mello, Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta, p. 56)." (STF. Rel. Min. Marco Aurélio, RE n. 192.568-0/PI, julgado em 23 abr. 1996, *DJ* de 7 fev. 1997. p. 1.350).

Prazo ínfimo do certame fere o princípio da razoabilidade como averbado por Celso Ribeiro Bastos:

> "Não há, pois, um prazo mínimo. Contudo, ele terá de ter uma duração ao menos suficiente para se proceder às nomeações e às contratações. Portanto, este prazo não pode ser tão efêmero que coloque em risco a realização da própria finalidade do certame. Seria um ato de esbanjamento de dinheiro público, antieconômico e, consequentemente, passível de sanções."[119]

Por outro lado, a homologação do concurso público é ato jurídico que produz efeitos externos para o candidato.

Geralmente o Edital do concurso estabelece que a homologação deste ou do resultado da primeira etapa, caso ele seja disputado em 2 (duas), se dá após o esgotamento de todas as situações legais abrangidas nelas, inclusive os recursos dos candidatos interpostos contra o gabarito das provas.

Tal procedimento possui a força de estabilizar as situações legais através da segurança jurídica, subprincípio constitucional, visto que a análise e correção das provas pela Comissão do concurso, após as impugnações e recursos interpostos pelos candidatos, conferem credibilidade e certeza ao certame, não sendo admitida a revisão da revisão, capaz de trazer incerteza para todos e abalar a seriedade do certame.

Nesse sentido, cumprido o *iter* legal estabelecido no Edital, com a publicação da homologação do certame ou da classificação da primeira etapa no *Diário Oficial*, não há como ser alterado o gabarito das provas e nem a ordem classificatória do certame, por já ter operado a preclusão.

A proteção da confiança, da segurança jurídica e da boa-fé dos administrados pertence ao rol dos princípios constitucionais fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Desse modo, a segurança jurídica estabelece limites aos quais se submetem as Administrações Públicas, sendo que um dos mais importantes para o direito público é a estabilidade das situações constituídas após o transcurso das formalidades legais, capaz de estabelecer inequívoca certeza.

Certeza que se consolida em institutos desenvolvidos historicamente, com destaque para o direito adquirido, irretroatividade dos atos legais e da coisa julgada, todos alçados à condição de dogmas constitucionais (art. 5º, XXXVI, da CF).

Nessa ordem de ideias de proteção jurídica, foi firmado o conceito de preclusão administrativa, como fator da estabilização das situações jurídicas legalmente estabelecidas[120].

A preclusão tem por finalidade exatamente assegurar a estabilidade das situações jurídicas do certame, impedindo o renascimento de questões superadas e decididas.

Por certo que, como lei entre as partes, o Edital geral do concurso, que regula as regras do certame, não pode ser alterado pelo Poder Público ao seu bel-prazer, eis que ele é autovinculante, como assevera o ilustre Sérgio

D’Andréa Ferreira[121]:

> “Costuma afirmar-se que o edital é a ‘lei do concurso’: é um modo de dizer, eis que sua expedição é ato administrativo geral-normativo, na medida em que comunica, ou, como diz a CF, convoca interessados; em regulamento complementar, enquanto havendo margem para a discrição administrativa e, necessidade de complementar a norma legal, especificando-se aspectos para aquele concurso. O que há é autovinculação do administrador ao seu conteúdo.” –[aspas no original]–

Em sendo assim, o Edital do concurso público, como ato administrativo vinculante, deve seguir as formalidades legais que foram impostas para estabelecer cristalinamente as regras do certame, às quais vincula-se, sem qualquer possibilidade de valorar critérios de conveniência ou de oportunidade.

A chamada realização espontânea do direito submete-se, portanto, às regras jurídicas estabelecidas para resguardar bens mais necessários ao homem, que consistem na segurança jurídica e na estabilização do tempo como elemento essencial da paz social. Por isso a atividade processual não se desenvolve desordenadamente, pois ela busca o ideal de uma decisão justa e rápida da Administração Pública. Assim, constitui-se necessidade fundamental dos cidadãos atingir a certeza e a estabilidade das relações jurídicas através de um procedimento administrativo célere e justo, sem dilações indevidas[122].

Sendo, portanto, instituída a preclusão como forma de estabelecer a efetividade do processo, visto que a parte que perde um prazo deixa de obter uma determinada faculdade jurídica.

O instituto da preclusão possui raízes em disposições do direito medieval, quando se confundia com a figura da decadência nas formas do processo romano-canônico.

Esse instituto processual da preclusão “está presente em todos os seus ramos (direito processual civil, administrativo, penal, eleitoral, do trabalho, etc.)”[123].

Estabelece o art. 183, do Código de Processo Civil, que, decorrido o prazo previamente estabelecido para a prática de um determinado ato processual, extingue-se o direito de praticá-lo, ressalvando apenas se tal perda do prazo decorreu de uma justa causa. Sendo que a comprovação da justa causa

“deve ser realizada durante a vigência do prazo ou até cinco dias após cessado o impedimento, sob pena de preclusão”[124].

Como justa causa pode ser instituída um caso fortuito ou de força maior, devidamente comprovados.

O direito público designa ato administrativo, como todo aquele praticado pelo Estado ou por delegação de poderes públicos, no exercício de funções administrativas, dirigidos aos negócios públicos, na forma da atribuição de competência.

Sendo certo que os atos administrativos vinculados são aqueles que a lei (edital do concurso público) estabelece os requisitos e condições de sua realização, sem nenhuma margem de liberdade de decisão para a Autoridade administrativa competente pela feitura do ato.

A diferença do ato administrativo vinculado para o discricionário é o grau de liberdade de decisão concebida pelo legislador, que esse último possui.

Assim, a competência, a forma e a finalidade do ato administrativo são elementos vinculados à Lei, restando ao agente da Administração o seu cumprimento.

O fato é que o ato convocatório (edital *genesis*) vincula a elaboração e tomada de decisões futuras, que são sujeitas a ele para cumprir a verdadeira finalidade do certame, que é a de selecionar os candidatos para o exercício da função pública, segundo regras preestabelecidas.

Homologado o resultado das provas, após o exaurimento de todas as impugnações e recursos interpostos, a alteração da classificação deste, pela existência de vício ou de erro material, somente será possível após o contraditório, visto que, com a geração do resultado, os candidatos deixaram de ter expectativa, passando a ter a certeza de suas posições no certame.

Assim sendo, a autotutela do Poder Público (Súmula 473/STF) não pode se dar unilateralmente, se o ato revisto gerou os efeitos para o concursado.

Dessa forma, qualquer alteração no gabarito ou na relação dos candidatos habilitados, após a homologação da aludida etapa, deve ser precedida do devido processo legal, com o contraditório e o direito de defesa dos prejudicados.

10.3. Estabilidade

Ao ser admitido por concurso público, o servidor passa por um período de experiência, antes da aquisição de sua estabilidade, que, segundo a nova redação do artigo 41 da CF dada pela EC n. 19/1998, passa de 24 (vinte e quatro) para 36 (trinta e seis) meses, portanto, tendo seu prazo ampliado para 3 (três) anos.

Nesse período inicial, designado de estágio probatório, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo ficará sujeito ao período de experiência de 36 (trinta e seis) meses, durante o qual a sua aptidão e capacidade serão objeto de avaliação para o efetivo desempenho do cargo.

Objetivando efetuar uma avaliação justa e correta do servidor, a Lei n. 8.112/90, através do disposto no artigo 20, estabeleceu os seguintes fatores como critérios objetivos para tal fim:

I – assiduidade;

II – disciplina;

III – capacidade de iniciativa;

IV – produtividade;

V – responsabilidade.

Os critérios acima relacionados, apesar de serem objetivos, podem ser desnaturados pelo ato ilegal do avaliador, que, movido por sentimentos pessoais e ilegais, mesmo que o avaliado tenha obtido um bom desempenho, em violação ao princípio da impessoalidade (art. 37, *caput*, da CF) desvirtua a avaliação com a indevida reprovação do avaliado motivado por fatores externos ao da respectiva avaliação.

Essa possibilidade não é remota, pois a prática tem demonstrado inúmeras perseguições, inclusive políticas, de modo que o servidor avaliado, mesmo possuindo uma boa média nos critérios objeto da avaliação, é vilipendiado com a atuação escusa da chefia, que de forma ilegal atribui a pontuação mínima a ele com a finalidade exclusiva de reprová-lo.

Nessas situações, o servidor poderá, através do procedimento administrativo competente, contrapor a avaliação, demonstrando que foi assíduo, não faltando e nem tendo atrasos injustificados. Pelo critério disciplina, bastará ele demonstrar que cumpriu todas as tarefas determinadas pelos superiores hierárquicos, estando totalmente apto ao serviço. Quanto à capacidade de iniciativa ela também poderá ser facilmente demonstrada, através de uma análise adequada do comportamento funcional do avaliado.

A produtividade também será facilmente demonstrada, pois ela está interligada ao rendimento do servidor avaliado. Justamente porque o servidor produtivo é aquele que rende, que produz.

Por sua vez, o último requisito de avaliação, qual seja, a responsabilidade, é caracterizada pelo dever jurídico de dar conta de alguma atribuição que se fez ou lhe foi determinado fazer, por ordem do chefe ou do superior hierárquico.

Paulo Modesto[125] corrobora o que foi aduzido:

> "A consequência desse estado de coisas é um expressivo número de questões controvertidas a respeito do estágio probatório. Muitas não são questões novas, mas apenas agora ganharam urgência, depois das alterações produzidas no regime jurídico do estágio probatório pela Emenda Constitucional n. 19, de 1988. Antes da Emenda Constitucional, o estágio probatório era considerado na prática um simples lapso de tempo, dissociado de qualquer avaliação efetiva ou da análise de sua eficácia jurídica específica, transcorrendo quase sempre sem qualquer repercussão na vida funcional dos agentes públicos. Era um simples *obstáculo burocrático*, uma etapa da vida funcional dos agentes, vencida frequentemente pelo mero *decurso de prazo*. A Emenda Constitucional n. 19 alterou essa situação mediante diversas providências normativas: (a) ampliou o estágio probatório dos servidores públicos para três anos; (b) tornou evidente a aplicação do estágio probatório e da garantia da estabilidade unicamente aos ocupantes de cargos efetivos nomeados após concurso público; (c) impôs como condição para aquisição da estabilidade, pelo servidor em exercício de cargo efetivo, a concreta realização de avaliação especial de desempenho durante o estágio probatório por comissão instituída para essa finalidade. A Emenda Constitucional n. 19 não dispensou de avaliação especial de desempenho nem mesmo aos servidores com estágio probatório em curso na data da promulgação da alteração constitucional (art. 28 da Emenda)." –[itálico e parêntese no original]–

O § 1º do artigo 41 da CF, ao estabelecer como condição para a aquisição da estabilidade a necessidade da avaliação especial do desempenho por Comissão instituída para tal fim após o período aquisitivo consistente em 3 (três) anos, de efetivo exercício, alterou a avaliação do servidor (estágio

probatório), que antes era de 24 (vinte e quatro) meses, em face do disposto na EC n. 19/1998.

Isso porque “o estágio probatório é o lapso temporal que deve transpor o servidor público efetivo para alcançar a estabilidade no serviço público. Tem por fim precípuo a apuração pela Administração Pública da conveniência ou não da permanência do servidor público no serviço, que, por meio de verificação de requisitos determinados em lei (idoneidade moral, aptidão, disciplina, assiduidade, dedicação ao serviço, eficiência etc.), comprova se o mesmo satisfaz as exigências legais, com desempenho eficaz, para atingir a estabilidade” (STJ. Rel. Min. Jorge Scartezzini, ROMS 13649/RS, 5a T., *DJ* de 17 fev. 2003. p. 307).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o instituto da estabilidade deve ser precedido de necessária aprovação em concurso público, salvo as situações elencadas no artigo 19 do ADCT, ratificada pela aprovação em estágio probatório.

Em outro posicionamento, o STJ deixou assente a respectiva alteração introduzida pela EC n. 19/1998:

> “(...) Antes da reforma introduzida pela Emenda Constitucional n. 19/98, a Carta Magna de 1988 estabelecia o prazo de dois anos para que o servidor público em estágio probatório alcançasse a garantia da estabilidade no serviço” (STJ. Rel. Min. Vicente Leal, ROMS n. 10993/SP, 6a T., *DJ* de 15 maio 2000. p. 204).

Apesar de a estabilidade e o estágio confirmatório serem institutos diversos e com finalidades distintas, servem a um objetivo comum.

Destarte, a estabilidade no serviço público decorre da aptidão do servidor, que no período de 3 (três) anos deverá ser eficiente, assíduo, bem como cumprir todos os requisitos previamente estabelecidos na Lei n. 8.112/90 para a respectiva confirmação do seu cargo.

Quando a Constituição Federal estabeleceu prazo maior para a aquisição da estabilidade, teve como objetivo o interesse público, pois dilatou o período do estágio probatório para fins de uma ampla avaliação, mais longa e consistente, vinculada ao desempenho do servidor avaliado.

O servidor torna-se efetivo desde o momento em que foi nomeado para exercer cargo de provimento permanente, para o qual foi aprovado mediante a realização do concurso público de provas ou de provas e títulos,

na forma do artigo 37, II, da CF.

Sendo certo que, para se tornar estável, o servidor necessita cumprir o prazo previsto no *caput* do artigo 41 da CF, bem como ser aprovado no estágio probatório, sob pena de ser reconduzido ao cargo anteriormente ocupado, observado o disposto no parágrafo único do artigo 29 da Lei n. 8.112/90.

Quando o funcionário satisfizer os requisitos exigidos para a aquisição da estabilidade e venha a ingressar em outro órgão da mesma categoria, após a promulgação da EC n. 19/1998, terá de cumprir o estágio probatório de 36 (trinta e seis) meses, pouco importando o tempo de estágio anterior. Se não for aprovado, ele retorna ao cargo anterior se for estável, como aduzido anteriormente.

Nesse aspecto a doutrina não é unânime, sendo que o professor Ivan Barbosa Rigolin[126] defende posição contrária à nossa, porquanto entende que não houve alteração no artigo 20, da Lei n. 8.112/90, permanecendo, portanto, em 24 (vinte e quatro) meses o prazo para o estágio probatório do servidor público, por serem institutos jurídicos diferentes: a estabilidade e o respectivo estágio.

Em abono à corrente doutrinária defendida pelo ilustre jurista Ivan Barbosa Rigolin, a qual não nos filiamos, é de registrar o posicionamento da 3a Seção do STJ, no MS n. 9.373/DF (2003/0202610-9), julgado em 25 ago. 2004, que seguiu o voto condutor da Ministra Laurita Vaz, estabelecendo justamente que o estágio probatório e a estabilidade são institutos distintos e não se confundem.

Por outro lado, mantendo o tema polêmico, os ilustres Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, atualizadores da obra de Hely Lopes Meirelles[127], seguem o nosso posicionamento já declinado alhures:

> “Não há confundir efetividade com estabilidade, porque aquela é uma característica da nomeação e esta é um atributo pessoal do ocupante do cargo adquirido após a satisfação de certas condições de seu exercício. A efetividade é um pressuposto necessário da estabilidade. Sem efetividade não pode ser adquirida a estabilidade. Estágio probatório de três anos, terceira condição para a estabilidade, é o período de exercício do servidor durante o qual é observado e apurado pela Administração a conveniência ou não de sua permanência no serviço público, mediante a verificação dos

requisitos estabelecidos em lei para a aquisição da estabilidade (idoneidade moral, aptidão, disciplina, assiduidade, dedicação ao serviço, eficiência, etc.). O prazo era de dois anos antes da EC n. 19, por isso, esta, em norma transitória (art. 28), assegura tal prazo aos servidores em estágio probatório na data da sua promulgação, sem prejuízo da avaliação especial de desempenho, examinada a seguir. Para esse estágio só se conta o tempo de nomeação efetiva na mesma Administração, não sendo computável o tempo de serviço prestado em outra entidade estatal, nem o período de exercício de função pública a título provisório." –[parênteses no original]–

No mesmo sentido, o ilustre professor José Maria Pinheiro Madeira[128] aduz:

"A partir de 5 de junho de 1998, data da promulgação da EC n. 19, para que o servidor nomeado por concurso alcance a garantia da estabilidade no serviço público, ao entrar em exercício, sua aptidão vocacional, assim como sua capacidade profissional, ficam sujeitas à avaliação pela Administração à qual está subordinado por um período de 36 meses (e não mais de 24, em virtude da alteração feita pela referida Emenda ao art. 41, *caput*, da CF/88), lapso este denominado de estágio probatório. Sua finalidade é apurar se o funcionário apresenta condições para o exercício do cargo, cujos critérios tomam como base não somente os fatores enumerados nos incisos I a V, do art. 20, deste Estatuto, mas também o que dispuser o regulamento do sistema de carreira para o qual o servidor ingressou." –[itálico e parênteses no original]–

Verifica-se, desse modo, a existência de grande divergência sobre o tema *sub oculis*.

Por outro lado, a produtividade do servidor avaliado será verificada através dos trabalhos ou peças elaboradas por ele, que também poderão demonstrar sua responsabilidade e a qualidade do desempenho na função exercida. O critério é objetivo e permite, sempre que houver desvios, o questionamento da conduta do servidor avaliado.

O servidor não aprovado no estágio probatório será exonerado ou, se estável, reconduzido ao cargo anteriormente ocupado, na forma do parágrafo segundo, do artigo 20 da Lei n. 8.112/90[129].

São condições para o servidor público alcançar a estabilidade:

- aprovação em certame público;
- nomeação para cargo público e efetivo tempo de avaliação de 3 (três) anos;
- ser aprovado no estágio probatório, por uma Comissão instaurada para possibilitar a respectiva avaliação.

Estabilidade é a garantia que a Constituição Federal conferiu para o servidor público que desempenha seu *munus* com responsabilidade, dedicação e afinco, em cargo de provimento efetivo após o transcurso do estágio probatório, que possui a duração de 3 (três) anos.

De igual forma é estável o servidor que não ingressou no serviço público através das modalidades previstas no artigo 37, inciso II, da CF/88. Ou seja, através "de concurso público de provas ou de provas e títulos", mas que tenha sido admitido anteriormente a 5.10.1983 e que tenha tomado posse 5 (cinco) anos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 (art. 19, ADCT).

O instituto da estabilidade é a garantia constitucional de permanência do servidor em seu cargo público, até que haja uma justa causa para a sua demissão, instaurando-se para tal o Processo Administrativo Disciplinar, com o *due process of law* e todas as garantias fundamentais voltadas ao exercício do direito de defesa do acusado em geral.

10.4. Funções de confiança na administração pública

A criação de cargos públicos só poderá ocorrer por intermédio de Lei, responsável por sua denominação, número de ocupantes, natureza de seu provimento (se efetivo ou em comissão), fixação dos vencimentos, carga horária e demais requisitos legais que sejam importantes para a caracterização do conjunto de atribuições e de responsabilidades do respectivo cargo.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello[130], cargo é "a denominação dada a mais simples unidade de poderes e deveres estatais a serem expressos por um agente".

José Maria Pinheiro Madeira[131] deixou assente que:

> “Cargo é, pois, o lugar instituído dentro da organização do funcionalismo da Administração Direta, autárquica e fundacional pública, criado por lei, com denominação própria, número certo, funções específicas e remunerações fixadas na lei ou diploma a ela equivalente. O titular do cargo caracteriza como servidor público estatutário.”

Outro grande expoente do Direito Administrativo, José dos Santos Carvalho Filho[132], define cargo público como sendo “o lugar dentro da organização fundacional da Administração Direta e de suas autarquias e fundações públicas que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remunerações fixadas em lei ou diploma a ele equivalente”.

A Lei Federal n. 3.780/60, em seu artigo 4º, I, já conceituava cargo como o “conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um funcionário, mantidas as características de criação por lei, denominação própria, número certo e pagamento pelos cofres da União”.

Entendemos que cargo público é aquele criado por Lei, para ser exercido através de uma função por todos aqueles que se submetem às exigências impostas pela norma para a sua admissão, dentro da organização de um ente de direito público.

Os cargos podem se agrupar em três categorias divididas em relação ao provimento:

- vitalícios;
- efetivos;
- comissão.

Cargos vitalícios são aqueles previstos na Constituição Federal para dar maior independência aos seus ocupantes.

Atualmente, ostentam essa posição de cargos vitalícios os Magistrados (art. 95, I, da CF), os membros do Órgão do Ministério Público (art. 128, § 5º, I, *a*, da CF) e os membros dos Tribunais de Contas (art. 73, § 3º, da CF).

Os titulares dos cargos vitalícios somente perdem seus vínculos jurídicos através de processo judicial, com ampla chance de defesa.

Já os *cargos efetivos* são os de caráter permanente, criados para compor diversos quadros funcionais do poder público. Mesmo não sendo vitalícios, os cargos efetivos, após reconhecida a estabilidade do servidor público, só poderão ser extintos nas seguintes hipóteses (art. 41, § 1º, da CF):

- sentença judicial transitada em julgado[133];
- mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla chance de defesa (Súmula n. 20/STF);
- mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, também assegurada ampla defesa e na forma de Lei Complementar.

Para a admissão em cargo efetivo é obrigatório concurso público objetivando o seu provimento. O concurso poderá ser de provas ou de provas e títulos, com prazo de validade de até 2 (dois) anos, prorrogável ou não por igual período (uma vez), na forma do artigo 37, III, da CF, como aduzido alhures.

Por sua vez, *cargos em comissão ou de confiança* são aqueles transitórios, em que a relação de confiança é determinante. Dada a natureza desse cargo, demissível *ad nutum*, não existe para o seu ocupante a previsão do instituto da estabilidade. Para o desempenho do cargo em comissão não é necessária, ao contrário dos demais declinados, a sujeição a concurso público, daí por que a exoneração do titular é feita sem necessidade de qualquer formalidade especial, tal como processo administrativo disciplinar, ficando ao exclusivo critério da Autoridade nomeante. Razão pela qual são considerados de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, da CF). O cargo em comissão é preenchido livremente, sendo escolhido seu ocupante pela Autoridade pública competente, para o atingimento de determinada finalidade legal.

O cargo em comissão (cargo de chefia, direção ou assessoria) também é chamado de cargo de confiança, sendo de livre escolha (art. 37, II e V, da CF). Vige o critério de relação fundamentado na *confiança*, além dos outros legalmente estabelecidos, tais como: ser brasileiro, estar quite com a justiça eleitoral, ter escolaridade mínima exigida etc.

Nesse sentido, os cargos em comissão podem ser providos por cidadãos que não pertencem aos quadros da Administração Pública, bem como pelos próprios servidores. No caso do servidor público, este deverá deixar, de forma temporária, o cargo efetivo para assumir o cargo de confiança, até que seja exonerado dele.

Cargo em comissão difere de função de confiança, em decorrência de que o primeiro é de livre nomeação (ex: Ministro de Estado), ao passo que a última situação é direcionada somente para o servidor público que exerce cargo de carreira (efetivo), *v.g.*, um chefe de arquivo.

O inciso V do artigo 37 da CF, com redação dada pela EC n. 19/1998, determina que as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Alexandre de Moraes[134] aduz:

> "Ressaltamos que a nova redação do inc. V, do art. 37, dada pela EC n. 19/98, determinado que as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira, nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento, alterou esse quadro, permitindo-se, porém, ainda, a delegação excepcional do exercício de funções de confiança a pessoas que não pertençam aos quadros da Administração, desde que preferencialmente essas funções não sejam de direção, chefia e assessoramento."

Sobre funções de confiança na redação dada pela EC n. 19/1998, o STF[135] ao apreciar a ADInMC n. 1.981/DF que visava à suspensão liminar do artigo 19, da Lei Orgânica do DF, deferiu o pleito liminar, por aparente ofensa ao artigo 37, V, da CF:

> "Por aparente ofensa ao art. 37, V, da CF, na redação dada pela EC n. 19/98, o Tribunal deferiu medida cautelar em ação direta ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores – PT para suspender a eficácia do inciso V do art. 19 da Lei Orgânica do DF, com a relação da Emenda n. 29, de 11.2.1999, que dispõe que 'os cargos em comissão e as funções de confiança serão exercidos preferencialmente por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei'. Considerando que o deferimento da cautelar acima referida levaria, provisoriamente, ao revigoramento da legislação anterior, o Tribunal deferiu, ainda, o pedido de suspensão cautelar de eficácia da expressão abaixo sublinhada, contida no inciso V do art. 19, da mesma Lei Orgânica, na redação da Emenda n. 26, de 9.12.1998 – V – no mínimo 50% (cinquenta por cento) dos cargos em comissão e 50% (cinquenta por cento) das funções de confiança serão exercidos por

servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional.”

10.5. Da livre associação sindical

O artigo 240 da Lei n. 8.112/90 assegura, nos termos da Constituição Federal, o direito à livre associação sindical e os seguintes direitos do servidor público civil, entre outros, dela decorrentes: ser representado pelo sindicato, inclusive como substituto processual; inamovibilidade do dirigente sindical até um ano após o final do mandato, exceto se a pedido; e desconto em folha para a entidade sindical, desde que expressamente autorizado.

J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira[136] definem a abrangência da liberdade sindical, afirmando:

> “É hoje mais que uma simples liberdade de associação perante o Estado. Verdadeiramente, o acento tônico coloca-se no direito à actividade sindical, perante o Estado e perante o patronato, o que implica, por um lado, o direito de não ser prejudicado pelo exercício de direitos sindicais e, por outro lado, o direito a condições de actividade sindical (direito de informação e de assembleia nos locais de trabalho, dispensa de trabalho para dirigentes e delegados sindicais). Finalmente, dada a sua natureza de organizações de classe, os sindicatos possuem uma importante dimensão política, que se alarga muito para além dos interesses profissionais dos sindicalizados, fazendo com que a liberdade sindical consista também no direito dos sindicatos a exercer determinadas funções políticas.” –[parênteses no original]–

Consagrando a necessidade de o servidor público livremente associar-se à entidade sindical ou associativa, o artigo 37, VI, da CF dispõe: “é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical;”.

Exsurgiu com o direito da livre associação sindical/associativa do servidor público o direito de greve (art. 37, VII, CF), ainda não regulamentado como já deveria ter ocorrido.

O reconhecimento expresso pelos Constituintes dos direitos sociais dos servidores públicos foi uma das características da chamada Carta Cidadã, declarando-se esses direitos fundamentais para todos os cidadãos, incluindo-se nesse contexto os servidores públicos.

O direito de livre associação sindical, agora com fundamento constitucional, é uma das garantias dos servidores públicos para a melhoria de suas condições de trabalho e de vencimentos.

Pereceriam os direitos e garantias fundamentais do servidor, inclusive diante de seus parcos vencimentos, caso não houvesse um ente associativo/sindical que lutasse por seus interesses funcionais. Essa litigância (defesa) se estende, de igual forma, para o âmbito das ações coletivas, quando o disposto no artigo 5º, XXI,[137] da CF permite que os servidores públicos sejam representados judicialmente pelos respectivos entes associativos, desde que expressamente autorizados para tal fim.

Contudo, o mandado de segurança coletivo, conforme orientação jurisprudencial do RE n. 348.973 AgR/DF, não necessita de autorização expressa do filiado representado, bastando apenas o sindicato figurar como substituto processual.[138]

Por outro lado, os servidores públicos, mesmo regidos pelo regime da Lei n. 8.112/90 (estatutário), possuem o dever do recolhimento da contribuição sindical compulsória, independentemente de filiação a sindicato, em face ao que vem estabelecido no artigo 8º, IV, da CF.[139]

Nesse sentido, artigos da CLT constituíram a regra-matriz de incidência tributária da contribuição sindical compulsória, evidenciando os critérios material, espacial e temporal da aludida exação, conforme a transcrição dos seguintes dispositivos legais:

> “Art. 578 – As contribuições devidas aos Sindicatos pelos que participem das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação do “imposto sindical”, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo.” – “Art. 579 – A contribuição sindical é devida por todos aqueles que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591.” – “Art. 582 – Os empregadores são obrigados a descontar, da folha de pagamento de seus empregados relativa ao mês de março de cada ano, a contribuição sindical por estes devida aos respectivos sindicatos.”

Em sendo assim, o servidor público não poderá receber tratamento

diferente daquele conferido ao trabalhador que exerce sua atividade na iniciativa privada em razão do princípio constitucional da liberdade de associação.

10.6. Direito de greve

O direito de greve do servidor público está assegurado pelo disposto no inciso VII do artigo 37 da CF, nos termos e nos limites definidos em lei específica.

Como se vê, o citado preceito constitucional, apesar de reconhecer o direito de greve do servidor público, destinou a edição de lei específica à aplicabilidade do referido direito.

Logo, o direito de greve do servidor público, apesar de reconhecido pelo Texto *Mater*, sem a devida regulamentação legal se afigura como *letra morta*, por ser norma de eficácia contida, dependente de lei complementar[140].

Independentemente das disposições contidas na Lei n. 7.783/89, conhecida como reguladora do direito de greve em geral, ela não se aplica aos servidores públicos regidos pelo Estatuto (estatutários), apesar de existir posicionamento doutrinário em sentido contrário.

Isso porque a Lei Ordinária n. 7.783/89, a qual estabelece critérios regulamentares do movimento paredista, se destina aos trabalhadores em geral, não restringindo uma abrangência aos trabalhadores da iniciativa privada.

No presente caso, onde o legislador constituinte estabeleceu a necessidade de lei complementar específica para conferir efetividade ao direito de greve do servidor público, não há como se aplicar as disposições contidas na Lei n. 7.783/89 por analogia, pois o regime dos empregados privados é diametralmente oposto ao dos servidores públicos, sob o aspecto jurídico.

Corroborando o que foi aduzido, o próprio diploma legal citado prevê a necessidade da criação de lei complementar para definir os termos e os limites em que o direito de greve poderá ser exercido (art. 16, da Lei n. 7.783/89).

Por essa razão, depreende-se que, enquanto não for sancionada lei complementar específica que discipline o direito de greve dos servidores públicos civis, caso ela ocorra, será tida como ilegal.

É deplorável que tão importante direito dos servidores públicos não esteja regulamentado até a presente data, em face do descaso do Poder Legislativo.

O direito de greve do servidor público foi uma das grandes conquistas dos movimentos sindicais, que lutaram demasiada e exaustivamente pelo seu reconhecimento; contudo, ele se encontra ilegalmente não regulamentado, em face da grave omissão legislativa.

Não obstante a referida afronta e grande descaso ao texto Maior, vários segmentos sindicais dos servidores públicos têm desafiado essa omissão legislativa e promovido greves com participação efetiva dos servidores públicos estatutários, expondo a categoria paredista a sanções disciplinares.

10.7. Portadores de deficiência e reserva de vagas em cargos e empregos públicos

O artigo 37, VIII, da CF confere à lei o dever de reservar determinado percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência, definindo os critérios de suas admissões.

No âmbito federal, o disposto no § 2º do artigo 5º da Lei n. 8.112/90 assegura aos portadores de deficiência a reserva de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso para os mesmos[141], *verbis:*

> "Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso".

A legislação infraconstitucional também dispensa tratamento para os portadores de deficiência: Lei n. 7.853/89 (Disciplina a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde e institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos e difusos destes).

O Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999, regulamentando a Lei n. 7.853/89, estabelece o direito de reserva de vagas para pessoas portadoras de deficiência, assegurando um mínimo de 5% (cinco por cento) das vagas do certame e explicitando, no § 2º, do artigo 37, que, no caso de o

percentual resultar em número fracionado, esse deverá ser elevado até o primeiro inteiro subsequente.

O objetivo do presente dispositivo legal é integrar os deficientes físicos ou visuais à sociedade, através do trabalho, para que possam exercer suas funções com dignidade, reconhecendo-se dessa forma suas cidadanias.

Destarte, o deficiente físico e o visual possuem todo apoio do Estado, em decorrência que objetiva que eles tenham uma vida digna e honesta, não passando por necessidades de toda ordem.

Importante é a conscientização do Poder Público de que é obrigado a fornecer condições de trabalho aos deficientes físicos ou visuais, para que eles possam suavizar seus problemas e limitações, através de uma vida honrada e decente.

Melhor do que serem sustentados pelo Estado na qualidade de inválidos, através do recebimento de benefícios do Órgão Previdenciário, é poder exercer uma atividade laboral, honestamente, e receber do Poder Público a devida contraprestação necessária.

Por deficiência física entende-se a existência de problemas que ocorrem no cérebro ou no sistema locomotor, que levam a um mau funcionamento ou paralisia dos membros inferiores e/ou superiores.

A deficiência física pode ter várias etiologias, entre as principais estão: fatores genéticos; fatores virais ou bacterianos; fatores neonatais e, por último, os fatores traumáticos (especialmente os medulares).

Os portadores de necessidades especiais de ordem física ou motora necessitam de atendimento fisioterápico/psicológico, com a finalidade de trabalharem com os limites e dificuldades decorrentes da deficiência e simultaneamente desenvolverem todas as suas potencialidades.

Por ser definido como uma desvantagem, resultante de um comprometimento ou de uma incapacidade, que limita ou impede o desempenho motor de determinada pessoa, o deficiente físico, em igualdade de condições com o deficiente visual, possui a garantia de que terá determinado número de vagas em certame público.

A Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, elaborada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1975, definiu o deficiente físico como uma pessoa incapaz de assegurar, por si mesmo, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, que interfere em suas

capacidades físicas. Mas esse conceito restou ultrapassado, por não enfocar as aptidões que o portador de deficiência também possui.

São os seguintes tipos de deficiência física:

- Lesão cerebral (paralisia cerebral, semiplegias);
- Lesão medular (tretraplegias, paraplegias);
- Biopatias (distrofias musculares);
- Patologias degenerativas do sistema nervoso central (esclerose múltipla, esclerose lateral amiotrófica);
- Lesões nervosas periféricas;
- Amputações;
- Sequelas de politraumatismos;
- Malformações congênitas;
- Distúrbios posturais da coluna;
- Sequelas de patologias da coluna;
- Distúrbios dolorosos da coluna vertebral e das articulações dos membros;
- Artopatias;
- Reumatismos inflamatórios da coluna e das articulações;
- Lesões por esforços repetitivos (L. E. R.);
- Sequelas de queimaduras.

Por sua vez, o deficiente visual também é destinatário de toda preocupação, atenção e cuidado advindos do Estado, possuindo, via de consequência, os mesmos direitos que os deficientes físicos.

Sendo certo que deficiência visual é a perda ou a redução total da capacidade de ver com o melhor olho, e após a melhor correção ótica (cfr. Secretaria de Educação Especial, *Política Nacional de Educação Especial*, Livro 1, Brasília, Susep, 1994. p. 76).

Portanto, pode-se afirmar que a deficiência visual é a incapacidade total ou a diminuição da capacidade de ver, provenientes da imperfeição do sistema ocular ou do próprio órgão da visão.

Tanto o portador de cegueira total como o de visão subnormal merecem total proteção do Estado, por serem deficientes.

Diante do aduzido, pode-se citar como exemplo a pessoa que é portadora de ambioplia, considerada deficiente visual para fins do que vem estabelecido no § 2º do artigo 5º da Lei n. 8.112/90.

Conceitua-se ambioplia como sendo a visão monocular, de que é portadora uma pessoa, ocorrendo quando um dos olhos não consegue melhorar a visão mesmo usando correção (óculos). Ela sempre é causada por algo que atrapalha ou prejudica a travessia da luz até a retina, causando a perda total ou quase total da visão de um dos olhos.

O tratamento da ambioplia é a oclusão do olho de menor visão, sendo considerada irreversível.

Por ser uma doença irreversível, que acarreta a perda da visão de um dos olhos do candidato, ele deve ser considerado deficiente para fins de concorrência em certame público, na forma do disposto no Decreto n. 3.298/99[142].

Por outro lado, o previsto no inciso II do artigo 3º do citado Decreto n. 3.298/99 define a deficiência permanente como sendo "aquela que ocorre ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar dos novos tratamentos".

O deficiente, mesmo sendo apto para o exercício de determinada função, nunca deixará de ser deficiente.

Comprovada a insuficiência visual do candidato ao concurso público, *v.g.*, através de visão monocular (ambioplia) não há como excluí-lo do escopo da proteção constitucional da reserva de vagas.

Em abono ao que foi aduzido, o Colendo STJ[143] decidiu que a deficiência visual, estabelecida no artigo 4º, III, do Decreto n. 3.298/99, não exclui o benefício da reserva de vaga para o candidato com visão monocular como se verifica, *litteris*:

> "Recurso ordinário em mandado de segurança. Deficiente visual. Visão monocular. Exclusão do benefício da reserva de vaga. Ilegalidade. Recurso Provido. I – A deficiência visual, definida no art. 4º, III, do Decreto n. 3.298/99, não implica exclusão do benefício da reserva de vaga para candidato com visão monocular. II – A visão monocular cria barreiras físicas e psicológicas na disputa de oportunidades no mercado de trabalho, situação esta que o benefício da reserva de vagas tem o objetivo de compensar. III – Recurso ordinário provido."

10.8. Contratação por tempo determinado

O artigo 37, IX, da CF excepcionou a regra do concurso público (art. 37, II, da CF) para o ingresso nos quadros funcionais dos entes públicos, em relação à contratação por tempo determinado, com o objetivo de atender ao excepcional interesse público.

E coube à Lei n. 8.745/93, a qual foi objeto de sucessivas modificações através de medidas provisórias, reger a matéria, até que foi sancionada e publicada a Lei n. 9.849, de 26 de outubro de 1999, que regulamentou o instituto da contratação por tempo determinado do servidor público.

Contudo, com a edição das Medidas Provisórias n. 2.229-43/2001 e 10/2001, novamente, algumas regras referentes à contratação temporária foram alteradas, adequando a Lei n. 8.745/93 inclusive às greves que ocorreram no ano de 2001.

Por ser mais célere, a Administração Pública tem incentivado essa prática de contratação temporária, em decorrência de que ela não sofre os rigores e a demora de um concurso público.

Apesar de o processo de contratação temporária ser seletivo e simplificado, há a necessidade de ampla divulgação (art. 3º da Lei n. 8.745/93).

O fundamento da contratação temporária encontra-se na excepcionalidade e no interesse público.

Exatamente nesse sentido, coibindo abusos no direito de contratação temporária e prestigiando as lícitas admissões, o Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF (ADIN 3068/2001), por sua maioria, considerou constitucional a Lei n. 10.843/2004, que autorizou contratações temporárias no CADE.

Apesar de o Ministro Relator Marco Aurélio ter deferido Medida Liminar que suspendia a eficácia da Lei n. 10.843/04, a maioria dos Ministros entendeu que o inciso IX do artigo 37 da CF “não separa de um lado atividades em caráter eventual temporário ou excepcional e de outro lado atividades de caráter regular e permanente”, seguindo o voto do Ministro Eros Grau.

Dessa forma, foram autorizadas contratações para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público.

Portanto, enquanto era formado o quadro de pessoal permanente do CADE, para suprir a carência existente, foi tida como lícita a contratação de servidores temporários.

Definiu o artigo 2º da Lei n. 8.745/93 a necessidade pública para a efetivação da contratação temporária pelo Poder Público, *verbis:*

- calamidade pública;
- combate a surtos endêmicos;
- realização de recenseamentos e outras pesquisas feitas pelo IBGE;
- admissão de professor substituto e professor visitante;
- admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro;
- atividades especiais nas organizações das Forças Armadas para encargos temporários de obras e serviços de engenharia;
- demarcação territorial;
- finalísticas do Hospital das Forças Armadas;
- Pesquisa e desenvolvimento de produtos destinados à segurança de sistemas de informações, sob responsabilidade do Centro de Pesquisa e Desenvolvimento para Segurança e Comunicações – CEPESC;
- vigilância e inspeção relacionadas à defesa agropecuária;
- desenvolvimento de projetos no âmbito de projetos do SIVAM e do SIPAM;
- projetos de cooperação com prazo determinado, implementados mediante acordos internacionais;
- técnicos especializados necessários à implementação de órgãos ou de novas atribuições definidas para organizações existentes ou as decorrentes de aumento transitório no volume de trabalho que não possam ser atendidas mediante a aplicação do art. 74, da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990;
- técnicas especializadas de tecnologia de informação, de comunicação e de revisão de processos de trabalho;
- trabalhos didático-pedagógicos em escolas de governo;
- assistência à saúde para comunidades indígenas;
- admissão de professor, pesquisador e tecnólogo substitutos para suprir a ausência de pessoal permanente;
- admissão de pesquisador, nacional ou estrangeiro, para projeto de pesquisa com prazo determinado, e;
- combate às emergências ambientais.

As contratações excepcionais serão feitas por tempo determinado, com

prazo mínimo de 6 (seis) meses e máximo de 4 (quatro) anos, dependendo da hipótese da prestação de serviços (transitório), sendo vedada a contratação, nos termos da Lei n. 8.745/93, de servidores que substituam os de cargos efetivos da Administração direta ou indireta da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, bem como de empregados ou servidores de subsidiárias e controladas.

A remuneração dos servidores temporários contratados excepcionalmente não poderá ser superior ao valor da remuneração fixada para os servidores efetivos de final de carreira das mesmas categorias, nos planos de retribuição ou nos quadros de cargos e salários do órgão ou entidade contratante.

Os contratados temporariamente não poderão receber atribuições, funções ou encargos não previstos no respectivo contrato; ser nomeados ou designados, ainda que a título precário ou em substituição, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança; ser novamente contratados, com fundamento na citada lei, antes de decorridos 24 (vinte e quatro) meses do encerramento de um contrato anterior, salvo, quando se fizer necessário, em decorrência de combates a surtos endêmicos e emergências ambientais.

Para fins disciplinares, os contratados temporários devem submeter-se às disposições contidas na Lei n. 8.112/90 (arts. 116 e 117), entre outros dispositivos; em havendo transgressão disciplinar deve ser determinada a instauração de sindicância, a ser concluída no prazo de 30 (trinta) dias, para apuração do fato, sendo assegurado o contraditório e a ampla defesa ao sindicado.

Por outro lado, extingue-se o contrato temporário, sem direito a indenizações quando do término do prazo contratual; por iniciativa do contratado; pela extinção ou conclusão do projeto de térmicas especializadas implementadas mediante acordo internacional, desde que haja, em seu desempenho, subordinação do contrato ao órgão ou entidade pública.

Nessa última hipótese legal, a extinção do contrato, antes do aprazado, por iniciativa do ente de direito público contratante, importará no pagamento ao contratado de indenização correspondente à metade do que lhe caberia referente ao restante do contrato.

10.9. Vencimento, remuneração e o subsídio do

servidor público

O vocábulo vencimento, no singular, representa a retribuição pecuniária básica pelo exercício de cargo público, estipulado pela Lei.

É denominado vencimento básico, por ser o valor fixado pela Lei, sobre o qual incidem as gratificações e vantagens. Em nosso país, tem-se verificado a injusta cultura de fixar um vencimento básico mínimo, complementado pelas vantagens pecuniárias que são instituídas justamente para equilibrar essa deficiência confrontada com o mercado de trabalho.

Servem também as gratificações e vantagens, não só como um necessário complemento remuneratório, mas também para camuflar reajustes gerais para determinadas categorias funcionais, que, se rotulados como tal, deveriam ser concedidos para todos os servidores públicos, aí incluídos os ativos e inativos.

Justamente por isso é que são agregados ao vencimento básico do servidor público para compor a respectiva remuneração.

O vencimento básico constitui o piso mínimo do servidor. Ele é a base que compõe a remuneração.

Em sendo assim, o vencimento depende da natureza das atribuições, de seu padrão/classe, de sua carreira e não do rendimento pessoal do servidor público.

O vencimento possui caráter alimentar, representando a retribuição pelo serviço prestado, sendo inclusive impenhorável.

Rafael Bielsa[144], sobre a questão, afirma que “el sueldo no es sino pura contraprestación pecuniaria que el Estado atribuye a sus agentes, fijada en principio por la ley (presupuesto), y eventualmente por los reglamentos y ordenanzas”. –[parênteses no original]–

O vencimento, juntamente das demais vantagens pecuniárias, compõe a remuneração do servidor público, fixadas em Lei e compatíveis com o nível de complexidade do cargo ou da função desempenhada pelo servidor público.

A inalterabilidade dos estipêndios pagos ao servidor público pelo exercício do cargo é garantida pelo disposto no artigo 37, XV, da CF.

A EC n. 19/1998 manteve a regra da irredutibilidade de subsídios e de vencimentos (remuneração) dos servidores públicos, sendo defeso a sua diminuição. Dessa forma, o vencimento, que é a retribuição pecuniária fixada em Lei pelo exercício do cargo ou função pública, não poderá sofrer

diminuição nominal.

Quando se utiliza a expressão *vencimentos* no plural, trata-se do resultado do somatório do vencimento básico do cargo acrescido das vantagens pecuniárias permanentes, criadas por Lei. Equivalem, portanto, os vencimentos à remuneração. Ambos representam, como visto, a soma total dos estipêndios pagos aos servidores públicos.

Através da Reforma Administrativa, levada a efeito pela EC n. 19/1998, foi restabelecido o termo subsídio para definir determinada espécie de remuneração. Dessa forma, o referido termo substitui, para determinadas categorias de agentes públicos, a rubrica remuneração ou vencimentos, apesar de ter também caráter retribuitório de natureza alimentar pago pelo ente de direito público em retribuição aos serviços prestados (contraprestação remuneratória).

O subsídio deve ser pago em parcela única (art. 39, § 4º, da CF), destinada ao membro do Poder, detentor de mandato eletivo, Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, devendo ser observado o que vem disposto no artigo 37, X e XI, da CF.

Pela primeira vez no âmbito público, foi estabelecido o princípio da periodicidade remuneratória, através da EC n. 19/1998, que atribuiu nova redação ao inciso X do artigo 37 da CF, *verbis:*

> “a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada a revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices.”

Dessa forma, pelo princípio da periodicidade, o servidor público possui o direito de anualmente ter uma revisão geral de seu subsídio ou de sua remuneração.

Mesmo não existindo data-base para o reajuste estipendial no funcionalismo público, pela aplicação do novo princípio da periodicidade, é garantido o reajuste anual (Revisão Geral Anual), sempre na mesma data e sem distinção de índices, sob pena de omissão inconstitucional[145].

Diante do aduzido, constata-se que houve substancial alteração do direito anterior, em decorrência de que antes da EC n. 19/1998, pela redação

embrionária do inciso X do artigo 37 da CF, havia a exigência de revisões remuneratórias de servidores civis e militares na mesma data e pelos mesmos fatores (índices). Na atualidade, os servidores civis estão desatrelados dos aumentos gerais concedidos aos servidores militares, possuindo a garantia constitucional de revisão geral anual.

O servidor que estiver recebendo alguma vantagem deferida pelo Poder Judiciário, apesar de ela incidir sobre o vencimento básico, não altera o que a Lei fixa como limite, pois o acréscimo deverá ser nominalmente identificado como vantagem pessoal, conforme disposto no artigo 103 do Decreto-Lei n. 200, de 25.2.1967:

> "Todo servidor que estiver percebendo vencimento, salário ou provento superior ao fixado para o cargo nos planos de classificação e remuneração terá a diferença caracterizada como vantagem pessoal, nominalmente identificável, a qual em nenhuma hipótese será aumentada, sendo absorvida progressivamente pelos aumentos que vierem a ser realizados no vencimento, salário ou provento fixado para o cargo nos mencionados planos."

A Lei n. 8.852, de 4 de fevereiro de 1994, em seu artigo inaugural, definiu vencimento básico como sendo:

> "I. Como vencimento básico: a) a retribuição a que se refere o art. 40 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, devida pelo efetivo exercício do cargo, para os servidores civis por ela regidos; b) (revogado pela Medida Provisória n. 2.215/01); c) salário básico, estipulado em planos ou tabelas de retribuição ou nos contratos de trabalho, convenções, acordos ou dissídios coletivos, para os empregados de empresas públicas, de sociedades de economia mista, de suas subsidiárias, controladas ou coligadas, ou de quaisquer empresas ou entidades de cujo capital ou patrimônio o poder público tenha o controle direto ou indireto, inclusive em virtude de incorporação ao patrimônio público. II. Como vencimentos, a soma do vencimento básico com as vantagens permanentes relativas ao cargo, emprego, posto ou graduação."

A nova redação do § 1º do artigo 39 da CF, introduzida pela Emenda Constitucional n. 19/1998, elencou a fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório, com a necessidade de

se observar: “I – a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira; II – os requisitos para a investidura; III – as peculiaridades dos cargos”.

Já a remuneração é o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em Lei. Qualquer vantagem recebida pelo servidor público, seja ela deferida pela lei ou pelo Poder Judiciário, compõe a remuneração.

A remuneração também poderá ser entendida como vencimentos (no plural):

> “Vencimentos (no plural) é espécie de remuneração e corresponde à soma do vencimento e das vantagens pecuniárias, constituindo a retribuição pecuniária devida ao servidor pelo exercício do cargo público. Assim, o vencimento (no singular) correspondente ao padrão do cargo público fixado em lei, e os vencimentos são representados pelo padrão do cargo (vencimento) acrescido dos demais componentes do sistema remuneratório do servidor público da Administração direta, autárquica e fundacional.”[146] – [parênteses no original] –

Pela atual redação do artigo 37, XI, da CF, levada a efeito em decorrência da promulgação da EC n. 41, de 19 de dezembro de 2003, a remuneração (incluídas as vantagens pessoais) e o subsídio de cargos, funções e empregos públicos da Administração Pública direta e indireta não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do STF.

Vencimentos, estipêndios, como visto, compõem a remuneração, pois a utilização dessas expressões no plural[147] traduz o vencimento básico acrescido das vantagens pecuniárias previstas em Lei. Possui a remuneração caráter alimentar, por destinar-se ao sustento econômico do servidor e sua família.

Segundo Roger Bonnard[148], os estipêndios do servidor público decorrem das necessidades de sua vida, de acordo com a sua posição social; em contrapartida ele deve dedicar-se a sua função com lealdade.

A remuneração do servidor público deve ser fixada por Lei levando em conta os seguintes requisitos:

- condições exigidas para o desempenho do cargo, seus deveres e responsabilidades;

- garantia de uma subsistência digna e decente;
- posição social correspondente ao cargo ou função;
- situação econômica do Estado.

Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, alterou a redação do artigo 39 e seus parágrafos da CF, ficando este assim redigido:

> "A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. § 1º – A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará: I – a natureza, o grau de responsabilidade e a complexibilidade dos cargos componentes de cada carreira; II – os requisitos para a investidura; III – as peculiaridades dos cargos."

Como já aduzido, a EC n. 19/1998 alterou a redação do inciso X do artigo 37 e instituiu, inovadoramente, o princípio da periodicidade, em face do qual a remuneração dos servidores públicos e os subsídios de que tratam o § 4º, do artigo 39, da CF, somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices.

Dispõe o inciso X do artigo 37 da CF que: "a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por Lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;".

Por essa nova orientação constitucional, os servidores públicos deverão receber reajustes anuais em suas remunerações, sob pena de consubstanciar-se uma grave e inconcebível omissão do Poder Público.

Não se trata de defender a existência de data-base para o funcionalismo, e sim propugnar pelo exato cumprimento do disposto no artigo 37, X, da CF, que estabelece a necessidade da revisão remuneratória anual, na mesma data para todos os agentes públicos e sem distinção de índices, mantendo-se eficaz a isonomia remuneratória.

Pela mesma EC n. 19/1998, foi instituído o subsídio (art. 39, § 4º, da CF), que representa uma espécie de remuneração. Conforme aduzido alhures, o termo subsídio substitui, para os membros de Poder, detentores de mandato

eletivo, Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais o termo remuneração, e é pago em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, que deverá seguir o que vem estabelecido no artigo 37, X e XI, da CF.

Tanto os subsídios como os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvando-se o disposto nos incisos XI e XV do artigo 37 da CF e nos artigos 39, § 4º, 150, II, 153, III e 153, § 2º, I, também da CF.

Dessa forma, conforme anteriormente aduzido, após a promulgação da Emenda Constitucional n. 19/1998, o inciso X do artigo 37 da Lei Fundamental passou a dispor que tanto a remuneração dos servidores públicos como o subsídio, de que trata o § 4º do artigo 39 da CF, somente poderão ser fixados ou alterados por Lei específica, de iniciativa privativa da Autoridade competente, com a revisão geral anual e periódica, sempre na mesma data e sem distinção de índices.

Apesar de o STF, no julgamento do RMS n. 2230/DF, que estendeu os 28% (vinte e oito por cento) concedidos ao maior soldo militar para todas as categorias dos servidores públicos civis em 1997, ter determinado que o preconizado no artigo 37, X, da CF é autoaplicável, tendo em vista não haver distinção entre os institutos jurídicos do aumento e da revisão remuneratória, entre servidores públicos civis e militares, pelo julgamento da ADIn n. 2061/DF em 2001, foi declarada a inconstitucionalidade por omissão do Presidente da República em virtude de ele não ter proposto o projeto de lei concedendo a revisão remuneratória anual, após 12 (doze) meses da EC n. 19/1998. A mesma Colenda Corte adotou posicionamento oposto ao anteriormente citado, pois decidiu que o respectivo artigo 37, X, da Lei Fundamental depende de lei específica, de iniciativa do Presidente da República e de prévia dotação orçamentária.

Entretanto, a revisão remuneratória é automática e independe de Lei e de prévia dotação orçamentária. Isso porque o disposto no artigo 37, X, da CF prevê duas hipóteses legais: *alteração* remuneratória e *revisão* estipendial.

A *alteração remuneratória* é aquela que depende do poder discricionário da Autoridade competente, para propor projeto de Lei, cumprida previamente a exigência de dotação orçamentária, para que seja deferido aumento estipendial para o agente público.

Por outro lado, a *revisão estipendial* é hipótese jurídica diversa da anterior, em decorrência de que ela repõe a defasagem do custo de vida (valor real), sendo desnecessária Lei que a autorize, por ela ser automática e anual, bem como previsão orçamentária, por não se caracterizar em aumento estipendial e sim mera reposição, através de revisão periódica haja vista que o aumento da remuneração de servidores públicos depende de envio de projeto de Lei ao Poder Legislativo pelo Presidente da República (art. 61, § 1º, II, *a*, da CF).

Corroborando o que foi aduzido, o artigo 169, § 1º, I, da CF estabelece a necessidade de prévia dotação orçamentária e autorização específica na Lei de Diretrizes Orçamentárias para a hipótese legal de vantagem ou aumento e não para a revisão de remuneração.

O *caput* do artigo 169 da CF preconiza que a despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101/2000).

Dessa forma, é de observar que pela redação dos artigos 22 e 71 da Lei de Responsabilidade Fiscal não há dúvida quanto à diferença dos institutos de concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração e a situação jurídica de revisão, *litteris:*

> "Art. 22. A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre; Parágrafo Único. Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgãos referido no art. 20 que houver incorrido no excesso: I – concessão de *vantagem, aumento, reajuste* ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal ou contratual, *ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37, da Constituição;*" –[itálico nosso]– "Art. 71. *Ressalvada a hipótese do inciso X do art. 37, da Constituição,* até o término do terceiro exercício financeiro seguinte à entrada em vigor desta Lei Complementar, a despesa total com pessoal dos Poderes e órgãos referidos no art. 20 não ultrapassará, em percentual da receita corrente líquida, a despesa verificada no exercício imediatamente anterior, acrescida de 10% (dez por cento), se esta for inferior ao limite definido na forma do art. 20." –[itálico nosso]–

Mesmo inexistindo o princípio da data-base para o funcionalismo público,

a atual redação do inciso X do artigo 37 da CF, como já aduzido anteriormente, preconiza o princípio da periodicidade anual para a revisão do funcionalismo público, o que significa dizer que ela deverá ser automática, por ser uma mera reposição e não aumento.

Tal posicionamento se deduz quando se observa que a LC n. 101/2000 fez questão de distinguir no artigo 22, parágrafo único, inciso I, que os termos vantagem, aumento, reajuste e revisão são institutos jurídicos distintos. E foi mais além o legislador, como se verifica nas precisas considerações de Rodrigo Lima Klem[149]:

> "Ao estabelecer expressamente que a concessão da revisão remuneratória independe de prévia dotação orçamentária, o legislador demonstrou que a revisão não gera alteração (aumento) de remuneração, mas, tão somente, recomposição, retorno ao *status quo ante*, razão pela qual sua autoaplicabilidade está garantida independentemente de lei ou de prévia dotação orçamentária." –[itálico e parênteses no original]–

Com o mesmo brilho, segue o posicionamento da ilustre professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro[150]:

> "Os servidores passam a fazer jus à revisão geral anual, para todos na mesma data e sem distinção de índices (estas últimas exigências a serem observadas em cada esfera de governo). *A revisão anual, presume-se que tenha por objetivo atualizar as remunerações de modo a acompanhar a evolução do poder aquisitivo da moeda; se assim não fosse, não haveria razão para tornar obrigatória a sua concessão anual, no mesmo índice e na mesma data para todos. Essa revisão anual constitui direito dos servidores, o que não impede revisões outras, feitas com o objetivo de reestruturar ou conceder melhorias a carreiras determinadas, por outras razões que não a de atualização do poder aquisitivo dos vencimentos e subsídios. Essa revisão não pode ser impedida pelo fato de estar o ente político no limite de despesa de pessoal, previsto no artigo 169, da Constituição Federal*. Em primeiro lugar, porque seria inaceitável que a aplicação de uma norma constitucional tivesse o condão de transformar outra, de igual nível, em letra morta. *Em segundo lugar, porque a própria Lei de Responsabilidade Fiscal, em pelo menos duas normas, prevê a revisão anual como exceção ao cumprimento do limite de despesas; artigo 22, parágrafo único, I, e artigo 71*." – [parênteses no original,

itálico nosso] –

A própria redação do inciso X do artigo 37 da CF é explícita ao determinar a revisão remuneratória anual, sem que fosse estabelecida a necessidade do princípio da reserva legal. Tal já não ocorre com a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do artigo 39 da CF, que "somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica".

Como visto, o Texto *Mater* elencou revisão geral anual dissociado da obrigação legal da implementação de lei, o que já não ocorre quando da fixação ou alteração (aumento, reajuste etc.) da remuneração ou do subsídio, em decorrência de que nessas hipóteses deverá haver a respectiva lei, acompanhada da correspondente dotação orçamentária para fazer frente ao aumento da despesa corrente.

O inciso XIII do artigo 37 da CF, de igual modo, sofreu alteração em sua redação pela EC n. 19/1998, passando a proibir a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias entre os agentes públicos, para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público. Já não existe a ressalva com relação ao texto do artigo anterior, nem remissão ao artigo 39, § 1º, da CF.

Apesar de a Súmula n. 339/STF já vedar o deferimento do aumento de remuneração por isonomia, perante o Poder Judiciário, que não possui função legislativa, a nova redação do artigo 37, XIII, da CF desautorizou, de uma vez por todas, qualquer espécie de vinculação ou equiparação remuneratória entre agentes públicos, de qualquer dos Poderes da República.

Excetuam-se desse contexto constitucional as indenizações e os prêmios que são pagos aos servidores públicos como uma reposição do que foi gasto em prol do serviço público ou como um incentivo por serviços prestados, visto que não possuem natureza remuneratória.

Da mesma forma a EC n. 19/1998 alterou a redação do inciso XIV, do artigo 37, da CF retirando da parte final os seguintes dizeres:

> "sob o mesmo título ou idêntico fundamento". Na prática, os acréscimos pecuniários percebidos pelo servidor público não poderão ser computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores. É o chamado repicão, onde qualquer acréscimo à base remuneratória do

servidor não poderá ser considerado para a concessão de qualquer outro, "mesmo que devido por motivo complemente diverso"[151].

Por sua vez, o inciso XV do artigo 37 da CF também foi objeto de reformulação por intermédio da EC n. 19/1998, que ratificou a posição jurídica de que são irredutíveis os subsídios e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos, ressalvando o disposto nos incisos XI e XIV do artigo 37 e artigos 39, § 4º, 150, II e 153, III, § 2º, I, todos da CF.

10.10. Irredutibilidade da remuneração

Uma das grandes conquistas do servidor público, no curso da atual Constituição Federal, foi a irredutibilidade de sua remuneração, que veio insculpida, inicialmente, na redação embrionária do artigo 37, XV. Anteriormente, essa prerrogativa legal (irredutibilidade estipendial) só era aplicada aos Magistrados.

A Emenda Constitucional n. 19/1998 alterou a redação do inciso XV do artigo 37 da CF, sem retirar a grande conquista da irredutibilidade, o qual ficou assim grafado: "o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I".

Como visto, a nova redação constitucional manteve a regra da irredutibilidade, que garante não só certa estabilidade financeira como, de igual forma, incentiva a independência do servidor público, alterando-se tão somente a nova terminologia remuneratória (subsídio), que, com os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos, são irredutíveis.

Com a maestria habitual, Alexandre de Moraes[152] destaca:

> "O alcance dessa garantia constitucional de irredutibilidade de vencimentos foi definido pelo STF, que estabeleceu tratar-se de cláusula que 'veda a redução do que se tem', não podendo, portanto, o *quantum* remuneratório sofrer redução. Ressaltamos, inclusive, que, mesmo que não haja direito adquirido do servidor público aos critérios legais de fixação do valor de uma remuneração, eventual alteração ou redução das parcelas que a compõem, não poderão desrespeitar o princípio da irredutibilidade, sendo proibida a diminuição do valor da remuneração em sua totalidade." –[aspas e itálico no original]–

Hipótese interessante é quando o Estado resolve modificar tabelas de vencimentos ou os critérios existentes, alterando a sistemática anterior e absorvendo as vantagens, inclusive as pessoais, recebidas pelos servidores públicos. Como não existe direito adquirido ao recebimento de critérios de vencimentos por essa ou aquela tabela, visto que a garantia que ampara o servidor é a irredutibilidade nominal, quase sempre a absorção, que em um primeiro momento não gera diminuição do *quantum* recebido, ao contrário, inicialmente passa a ideia de ganho para o servidor. Sucede que, com a eliminação de vantagens pessoais incorporadas à remuneração do servidor público, a referida absorção se transforma em eliminação, colidindo com a irredutibilidade a que alude o § 3º do artigo 41 da Lei n. 8.112/90.

Essa eliminação das vantagens de caráter permanente, se comprovada matematicamente que ocasionaram perda para o seu destinatário, deverá voltar a integrar a remuneração do servidor, pois a absorção inicial não poderá redundar em prejuízo para o funcionário: "Portanto, na relação de índole estatutária, entre o Estado e seus servidores públicos, inexiste proibição de modificação do regime de remuneração, desde que se observe o princípio da irredutibilidade de vencimentos"[153].

São duas as formas de irredutibilidade: a jurídica e a real[154].

– A *jurídica* ocorre quando houver a diminuição nominal dos vencimentos, independentemente de alteração do regime jurídico do servidor.

– Já a *irredutibilidade real*, objeto de análise anterior, é aquela em que a absorção de um determinado valor no curso dos anos, ao se transformar em eliminação, viola diretamente o princípio da irredutibilidade. Agrega-se a essa hipótese a garantia constitucional do servidor público ter seu reajuste em valor real (art. 7º, IV, da CF), ou seja, a inflação do período, na data-base, deverá ser reposta, uma vez que os sucessivos aumentos em índices inferiores ao valor da moeda importam, indiretamente, em redução dos vencimentos:

> "Assim, a irredutibilidade de vencimentos do servidor não se limita apenas ao valor nominal, é também a real, como já dito anteriormente, em face da análise conjugada dos dispostos aplicáveis à matéria, que refletem na preocupação do constituinte possibilitar padrão remuneratório para o servidor público e o trabalhador comum capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e as da sua família, com moradia, alimentação,

> educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada a sua vinculação para qualquer fim."[155] – [aspas no original] –

Esse reajuste periódico dos vencimentos dos servidores para garantir um valor real a que alude o inciso IV, do art. 7º, da CF, apesar de ser direcionado aos empregados, lhes é aplicável por determinação do § 3º, do artigo 39, da Constituição Federal.

A não recomposição estipendial implica redução indireta de vencimentos, consoante deixou explícito o Ministro Carlos Velloso, em seu voto proferido na ADIn n. 694-1/DF, no qual registrou que a lei nova ao suprimir determinado reajuste viola o disposto no inciso XV do artigo 37 da CF[156].

Por igual, Sérgio D'Andrea Ferreira[157] também defende a necessidade da preservação do padrão remuneratório em valor real e nominal:

> "A revisão é mecanismo de preservação do padrão remuneratório, no seu valor real, pois que a irredutibilidade não é apenas nominal, mas também real, o que se conclui, com facilidade, em decorrência do disposto nos mencionados artigos combinados com o do art. 7º, IV, que ao dar os critérios norteadores do salário-mínimo, impõe que os 'reajustes periódicos' respectivos 'lhe preservem o poder aquisitivo'. Destarte, o índice revisional tem de, para compensar a defasagem inflacionária, ser o que traduz a perda do poder aquisitivo da moeda (índices de preços ao consumidor – disponibilidade interna, divulgado pela Fundação Getulio Vargas)." – [aspas e parêntese no original] –

E Adilson Abreu Dallari[158] não discrepa do que foi aduzido: "Por '*revisão geral*' deve ser entendido apenas o reajuste da perda do valor aquisitivo da moeda, que atinge a todos os servidores indistintamente". – [aspas e itálico no original] –

Ivan Barbosa Rigolin[159] também se perfilha aos que se posicionam que o "lógico é interpretar-se a ordem do inciso XV, do art. 37, da CF, como sendo: (...) é preciso vincular-se o vencimento dos servidores públicos a fatores de exata correção monetária, ou, então, necessariamente, uma lei local por mês precisa dar-lhes essa correção. Sem essa simples reposição mensal (já que a remuneração é mensal no serviço público brasileiro, com rara exceção), o vencimento do servidor, se igual apenas por dois meses, terá sido reduzido – e a Constituição proíbe". – [parênteses no original] –

Portanto, em nome da impossibilidade da redução de vencimentos dos servidores públicos, pode ser-lhes deferido aumento estipendial que garanta a manutenção do poder aquisitivo ao estipêndio, em nome do princípio da irredutibilidade da remuneração, como adverte o eminente e culto Ministro Marco Aurélio: "Não consigo, Senhor Presidente, conciliar esse princípio da irredutibilidade com a noção de que ele se refere apenas ao valor nominal e não ao conteúdo representado pela própria remuneração, em face da vida econômica"[160].

E, para finalizar, nada mais preciso do que trazer à baila as sempre autorizadas palavras do ínclito Ministro Moreira Alves: "Essa, Sr. Presidente, é a tese que sempre tenho sustentado: o reajuste para os fins da Constituição é sempre o mesmo para o efeito de recomposição do valor econômico da moeda"[161].

Quanto ao valor nominal da remuneração dos servidores públicos, Alexandre de Moraes enfatiza o posicionamento do STF:

> "Em relação ao alcance da garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos, o Supremo Tribunal Federal já estabeleceu tratar-se de cláusula que veda a redução do que se tem (*RTJ* 104/808). Dessa forma, como salientado pelo Min. Celso de Mello, 'O Supremo Tribunal Federal, tendo presente a concreta abrangência desse postulado fundamental, enfatizou-se que (...) a garantia constitucional de irredutibilidade de vencimentos (...) torna intangível o direito que já nasceu e que não pode ser suprimido (...)' (*RTJ*, 118/3000, Rel. Min. Carlos Madeira), pois, afinal, a garantia da irredutibilidade incide sobre aquilo que, a título de vencimentos, o servidor já vinha percebendo (*RTJ*, 768, Rel. Min. Alfredo Buzaid). Cumpre ter presente, neste ponto, a sempre relembrada decisão desta Suprema Corte, em período no qual a garantia em causa somente dizia respeito aos membros do Poder Judiciário, na qual se assentou, concernentemente ao tema em debate, que 'o que a irredutibilidade veda é a diminuição, por lei posterior, dos vencimentos que o Juiz, em exercício antes de sua vigência, estivesse recebendo' (*RTJ*, 45/353, 355, Rel. Min. Evandro Lins). Esse entendimento – impõe-se enfatizar – tem sido reiterado em diversos pronunciamentos dessa Corte Suprema, nos quais, por mais de uma vez, já se proclamou que a garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos proíbe que o estipêndio funcional seja reduzido ou afetado, por ato de Poder Público, em seu

valor nominal (*RTJ*, 105/671, 675, Rel. Min. Soares Muñoz).”[162] –[aspas, itálico e parênteses no original]–

Mesmo que se modifique o regime de remuneração do servidor, a inicial absorção não poderá ser configurada *a posteriori* como uma eliminação, gerando perda real para o funcionário[163].

O reajuste pelo valor real da remuneração do servidor público fica mais evidenciado pela atual redação do inciso X do artigo 37 da CF, conforme discorrido nos tópicos anteriores.

Por outro lado, o artigo 37, XIII, da CF veda a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público.

A nova redação do inciso XIII do artigo 37 da CF consiste em de uma verdadeira correção legislativa de uma regra jurisprudencialmente consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, que, na vigência da antiga redação, firmou entendimento da inadmissibilidade de vinculação entre carreiras diversas.

10.11. Teto e a Emenda Constitucional n. 47, de 5 de julho de 2005

A Emenda Constitucional n. 47/2005, alterou a redação dos artigos 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, sendo oriunda da PEC n. 227/2004, tida como paralela, por ter a sua tramitação mais lenta, ficando fora do andamento da EC n. 41/2003.

Para fins de teto constitucional o § 11 do artigo 37 da CF, acrescentado pela EC n. 47/2005, excluiu as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei, *verbis*: “Não serão computadas, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do *caput* deste artigo, as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei”.

Portanto, a indenização, tal qual ocorre na hipótese do cálculo do imposto de renda, fica imune ao cômputo do somatório da remuneração para fins de teto constitucional.

Em sentido genérico, indenização exprime toda compensação ou retribuição monetária paga pela Administração Pública para reembolsar despesas contraídas em função do serviço, pelo servidor ou para o fim de

ressarci-lo de perdas ilegítimas.

Nesse contexto, indenização abrange tanto o reembolso de quantias que foram despendidas pelo servidor público, para fazer frente ao seu *munus*, bem como refere-se ao pagamento feito para reparar um prejuízo ou dano que tenha sido causado a outrem.

Para De Plácido e Silva[164], em regra é a indenização fundada:

> "*a)* em despesas ou adiantamentos feitos por uma pessoa em proveito ou negócios alheios, em virtude do que se gera o direito de reembolso ou restituição e o dever de pagá-las; *b)* na compensação ou recompensa por serviços prestados, a mando ou em benefício da pessoa, que os deve pagar; *c)* na reparação pecuniária de danos ou prejuízos decorrentes de fato ilícito, ou seja, do fato de alguém, em que se registre dolo, simulação fraudulenta ou culpa, do qual decorra diminuição ou desfalque ao patrimônio do prejudicado."

Eduardo J. Couture[165] define a indenização (*indemnización*) como sendo: "Compensación o resarcimiento con el cual se repara un daño impuesto."

O teto dos servidores federais, pela proposição em comento, se vincula aos subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Para os Estados, continua com o sistema de repartição dos tetos para cada um dos Poderes. Para os Municípios, reproduz a limitação remuneratória como sendo o subsídio do Prefeito ou o respectivo valor de referência. Ocorre, todavia, inovação, ao ser facultado aos Estados, Distrito Federal e Municípios, através das respectivas Constituições, leis orgânicas e leis ordinárias, que fixem como limite único o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça que, por sua vez, estão limitados a 90,25% (noventa inteiros e vinte e cinco centésimos) do subsídio dos Ministros do STF.

O subsídio de Governador, que é fixado como maior remuneração paga ao servidor estadual será de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) do maior salário de Ministro do Supremo Tribunal Federal, o chamado teto nacional, equivalendo, em torno de R$ 25.269,73 (vinte e cinco mil, duzentos e sessenta e nove reais e setenta e três centavos), fixados desde janeiro de 2007, pela Lei n. 7.297/06. Há em tramitação projeto de lei para reajustá-lo em 13% (treze por cento).

A Constituição Estadual poderá fixar subteto estadual em valor igual ao subsídio de Desembargador, que equivale, como aduzido, a 90,25%

(noventa inteiros e vinte e cinco centésimos) do subsídio de Ministro do STF.

Ficam excluídas dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do artigo 37 da CF as parcelas de caráter indenizatório. A Lei n. 8.112/90 fixa como parcela indenizatória, entre outras, a ajuda de custo, diárias, pagamento de transporte etc.

Entendemos que o pagamento de qualquer parcela que indevidamente tenha sido retirada do contracheque do servidor público, quando recomposta, com a respectiva retroatividade, fica fora do abate do teto constitucional, em razão de ser verba indenizatória.

Portanto, todas as verbas indenizatórias não podem somar com as outras parcelas para fins do teto constitucional.

O teto nacional de remuneração e proventos no serviço público federal, excluídas as parcelas indenizatórias estabelecidas em lei, será o equivalente ao subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal, correspondente a R$ 19.170,00 (dezenove mil, cento e setenta reais) em dezembro de 2004, a R$ 21.500,00 (vinte e um mil e quinhentos reais) em 2005, R$ 24.500,00 (vinte e quatro mil e quinhentos reais) em 2006 e R$ 25.269,73 (vinte e cinco mil, duzentos e sessenta e nove reais e setenta e três centavos), fixados desde janeiro de 2007, pela Lei n. 7.297/06. Há em tramitação projeto de lei para reajustá-lo em 13% (treze por cento).

Pelo julgamento do MS n. 24.875/DF, com pedido de liminar, contra o teto remuneratório definido pelo STF na 1a Sessão Administrativa de 2004, foi declarado que as vantagens de caráter pessoal e o adicional por tempo de serviço são incluídos no contexto geral do somatório do aludido teto, sendo excluído qualquer valor que exceda o subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Por maioria, o Plenário do STF julgou em definitivo o Mandado de Segurança n. 24.875/DF, desempatando o Ministro Ricardo Lewandowski, no sentido de prestigiar a posição jurídica do corte dos valores excedentes ao teto salarial, conforme o disposto no artigo 37, inciso XI, da CF. Ficou assegurado, portanto, o direito dos impetrantes continuarem recebendo aumento de 20% (vinte por cento) sobre seus proventos, benefício concedido à época em que se aposentaram (vantagem *pro labore facto*), até que seu montante seja coberto pelo subsídio fixado por lei para os Ministros do STF.

Em assim sendo, o Ministro Ricardo Lewandowski concluiu seu voto nos seguintes termos:

> "Convém sublinhar, porém, que a jurisprudência desta Corte apenas assegura a percepção do montante global dos vencimentos ou proventos, e não a manutenção de percentuais que integram o seu cálculo, porque não se pode admitir que uma situação jurídica derivada de regime remuneratório que não mais subsiste venha a perpetuar-se no tempo, em permanente contradição com o regramento normativo superveniente[166]. A partir dessas reflexões, e sempre no intuito de alcançar a solução que melhor possa conciliar os princípios da boa-fé e da segurança jurídica com o limite remuneratório estabelecido na EC n. 41/2003, é que acompanho o Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, para conceder parcialmente a segurança, assegurando aos impetrantes o direito de continuar recebendo o acréscimo sobre os proventos até que seu montante seja coberto pelo subsídio fixado em lei para os Ministros do Supremo Tribunal Federal."

Qualquer parcela, seja a que título for, que exceder o valor máximo do subsídio de Ministro do STF será automaticamente excluída da remuneração do servidor público, em decorrência de que ele não poderá perceber mais do que R$ 25.269,73 (vinte e cinco mil, duzentos e sessenta e nove reais e setenta e três centavos), fixados desde janeiro de 2007, pela Lei n. 7.297/06. Há em tramitação projeto de lei para reajustá-lo em 13% (treze por cento).

Regulamentando essa nova orientação legal estabelecida pelo STF, no âmbito do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ expediu a Resolução n. 13, de 21 de março de 2006, que dispõe sobre a aplicação do teto remuneratório e do subsídio mensal dos membros da Magistratura.

O artigo inaugural da citada Resolução n. 13/2006 estabeleceu no âmbito do Poder Judiciário da União o valor do teto remuneratório, nos termos do artigo 37, XI, da CF, combinado com o artigo 93, inciso V, também da *Lex Legum* que é o subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal e corresponde a R$ 24.500,00 (vinte e quatro mil e quinhentos reais), valor de 2006. Sendo que o subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal atualmente é de R$ 25.269,73 (vinte e cinco mil, duzentos e sessenta e nove reais e setenta e três centavos), fixados desde janeiro de 2007, pela Lei n.

7.297/06. Há em tramitação projeto de lei para reajustá-lo em 13% (treze por cento).

Está sujeita ao teto remuneratório a percepção cumulativa de subsídios, remuneração, proventos e pensões, de qualquer origem.

Não podem exceder o valor do teto remuneratório, embora não se somem entre si e nem com a remuneração do mês em que se der o pagamento o adiantamento de férias, décimo terceiro salário e terço constitucional de férias.

Por outro lado, ficam excluídas da incidência do teto remuneratório constitucional as seguintes verbas, de caráter indenizatório, previstas em lei: ajuda de custo, auxílio moradia, diárias, auxílio-funeral, indenização de férias não gozadas e indenização de transporte.

Contudo, se houver redução nominal de vencimentos (ou de subsídios para os demais agentes públicos), haverá sempre a possibilidade de se invocar o conflito de normas constitucionais (antinomia), visto que o STF consagrou ser ilegal a mácula ao disposto no artigo 37, XV, da CF (irredutibilidade).

Havendo o conflito de normas constitucionais, sejam elas normas-regras ou normas-princípios, seguindo as lições de Ronald Dworkin e de Robert Alexy para solucioná-lo, aplica-se o princípio constitucional da proporcionalidade, ou da ponderação ou da proibição de excesso, segundo o qual não é lícito retirar determinado direito individual, de modo a fazê-lo desaparecer em definitivo, para afirmar o direito de outrem, pelo fato de tal postura negar o próprio direito fundamental, garantido a todos.

Destarte, a fim de dirimir o conflito que aqui se afigura – aplicação do abate-teto, confrontado com o direito fundamental da irredutibilidade de vencimentos – deverá ser utilizada a regra da proporcionalidade, objetivando a manutenção dos princípios: garantia da segurança jurídica, da proteção da confiança e da boa-fé, do direito adquirido, do ato jurídico e da coisa julgada.

Por fim, concluímos que as vantagens recebidas pelos servidores públicos não poderão ser objeto de redução quando confrontadas com a legislação federal que fixa os subsídios. Isso porque o direito-garantia constitucional da irredutibilidade remuneratória garante a intangibilidade do recebimento do valor nominal de vencimentos, assegurada, dessa forma, a continuidade da percepção das parcelas referentes às gratificações/vantagens pessoais,

mesmo que ultrapasse o valor do teto/subsídio, adquiridos até a data da expedição da Resolução n. 13/2006, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Em sendo assim, conclui-se que os valores nominais globais, aí compreendidas as vantagens pessoais, deverão ser mantidos irredutíveis e estabilizados, até que alcancem o valor estabelecido como máximo remuneratório (teto-subsídio).

10.12. Vedação ao efeito repicão das vantagens pecuniárias

As vantagens pecuniárias acrescidas ao vencimento básico do servidor público integram a sua remuneração. Todavia, nem todas são incorporáveis a ele, pois somente as que possuem caráter permanente, estabelecido em Lei, é que serão incorporadas aos vencimentos ou proventos dos servidores públicos.

Por sua vez, quanto às indenizações, como não se trata de vantagens, mas sim de reembolsos pelas despesas contraídas em benefício do trabalho, não são incorporadas aos vencimentos ou proventos.

Já o disposto no artigo 50 da Lei n. 8.112/90 veda o cômputo das vantagens pecuniárias umas sobre as outras. Desse modo, as vantagens são calculadas, quase sempre, em forma de percentual fixado por Lei incidente sobre o vencimento base, sem que elas recaiam de forma a considerar-se o efeito repicão, ou seja, uma sobre a outra.

Exemplo do que foi afirmado é o concernente ao cálculo da gratificação por tempo de serviço, que é incidente sobre o vencimento básico, excetuando-se das demais vantagens recebidas pelo servidor público.

O artigo 50 da Lei n. 8.112/90 foi recepcionado pelo inciso XIV do artigo 37 da CF em decorrência da redação determinada pela EC n. 19/1998, estabelecendo que uma mesma vantagem não pode ser computada sobre as demais vantagens, *verbis*: “(...)– os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores”. Essa proibição alcança, inclusive, os proventos de aposentadoria.

A alteração introduzida pela EC n. 19/1998 no inciso XIV do artigo 37 da CF objetivou que não houvesse margem de dúvida quanto a futuras

interpretações que tentassem burlar a vedação do efeito repicão, pois a redação anterior do citado inciso somente impedia o acúmulo ou a concessão *em cascata* de vantagens que tivessem o mesmo título ou o mesmo fundamento. Pela atual redação, não é mais necessário que os acréscimos tenham o mesmo título ou o idêntico fundamento:

> "qualquer acréscimo à base remuneratória do servidor (vencimento ou salário) não poderá ser considerado para a concessão de qualquer outro, mesmo que devido por motivo completamente diverso. Assim, um adicional por tempo de serviço não pode ser concedido sobre uma base que já foi alterada por outro acréscimo (como, por exemplo, adicional por insalubridade). Isto significa simplesmente que todo e qualquer acréscimo remuneratório de servidor público – vantagens, acessórios, adicionais, gratificações – apenas poderá incidir sobre a base primária, originária, 'seca', intocada, básica, própria de quem ingressa por concurso público no patamar de cada cargo, inclusive sem 'arrastar' adicionais por tempo de serviço de outros cargos anteriormente ocupados, como por vezes ocorrem em certas organizações do serviço público."[167] – [aspas e parênteses no original] –

Os acréscimos a que alude o inciso XIV do artigo 37 da CF não são os aumentos percentuais, reajustes ou revisões periódicas da remuneração dos servidores públicos (art. 37, X, da CF), visto que a referida vedação é dirigida apenas para o acúmulo de vantagens acessórias à remuneração básica, seja sobre a base acrescida, seja sobre outros adicionais já concedidos[168].

10.13. Acumulação remunerada de cargos públicos

Ressalvados os casos previstos na Constituição Federal, é proibida a acumulação remunerada de cargos públicos.

A proibição de acumular se estende a cargos, empregos e funções em autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista da União, do Distrito Federal, Estados, Territórios e dos Municípios.

A acumulação de cargos, empregos e funções, ainda que lícita, fica condicionada à compatibilidade de horários.

A acumulação permitida pela CF é aquela a que alude o artigo 37, XVI, ou seja: de dois cargos de professores; de um cargo de professor com outro,

técnico ou científico, e a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.

A acumulação de cargos não poderá exceder o teto nacional de remuneração e proventos no serviço público federal, que exclui apenas as parcelas indenizatórias, equivalente ao subsídio de Ministro do STF.

O que deve ser considerado como cargo técnico ou científico para fins de acúmulo com o cargo de médico ou de professor?

Hely Lopes Meirelles[169], acerca do cargo técnico ou científico, assim se posiciona:

> "Cargo técnico é o que exige conhecimentos profissionais especializados para o seu desempenho, dada a natureza científica ou artística das funções que encerra. Nesta acepção é que o art. 37, XVI, *b*, da Constituição o emprega, sinonimizando com o cargo científico, para efeitos de acumulação." –[itálico no original] –

Objetivando a melhor compreensão do tema, transcreve-se o seguinte julgado do STF[170]:

> "(...) o emprego dos vocábulos técnico e científico tem grande massa de cargos públicos, que não a permitem. Assim, cargos técnicos serão aqueles cujo exercício pressuponha conhecimentos específicos. Na lição de José Cretella Júnior, o vocábulo 'técnico' não pode entender-se na acepção de vulgar, como significando o oposto a leigo, num determinado ramo da atividade profissional. Técnico é indivíduo possuidor de conhecimento ou treino especializado em ciências ou artes particulares a uma profissão'. E conclui: '... cargos técnicos são aqueles para cujo desempenho é mister familiaridade com determinados métodos sistematicamente organizados, que repousam no conhecimento científico, ministrado em determinada cátedra (Direito Administrativo do Brasil, vol. II, p. 384, ed. 1958).' No magistério de Pontes de Miranda, 'exerce cargo técnico-científico aquele que, pela natureza do cargo, nele põe em prática métodos organizados, que se apoiam em conhecimentos científicos correspondentes ('Comentários à Constituição de 1946', vol. VI, 316, ed. 1960). A acumulação de cargos técnicos não é tema que permita ao intérprete do Direito a formulação de soluções genéricas, aplicáveis a todas ou quase todas, as questões judiciais que lhe são submetidas. Ao contrário, exige minuciosa indagação em cada caso. Se há casos (cf. *v. g*.

RT 686/110) em que é fácil identificar a falta de incidência da norma permissiva, aqui não se dá o mesmo. O Auxiliar de Enfermagem é um dos profissionais a que se atribui legalmente o exercício da atividade de Enfermagem (Lei n. 7.498/86, art. 2º, § único), respeitada, por óbvio, a limitação imposta por sua habilitação. Dele se exige formação profissional específica (art. 8º) para que possa, entre outras tantas coisas, observar, reconhecer e descrever sinais e sintomas; ministrar medicamentos, por via oral e parenteral; aplicar oxigenoterapia, nebulização, enteroclisma, enema e calor ou frio; realizar testes e proceder à sua leitura, para subsídio de diagnóstico; instrumentar cirurgias; orientar os pacientes na pós-consulta, quanto ao cumprimento das prescrições de enfermagem e médicas (decreto n. 94.406/87, art. 11). Não se cuida, como é fácil de ver, de atividade inserida na habilitação comum do aluno de 2º grau. Exige formação específica, voltada ao exercício da profissão. No exercício de suas funções, o Auxiliar de Enfermagem põe em prática métodos organizados, que se apoiam em conhecimentos científicos correspondentes, como se diz na lição precitada de Pontes de Mirada. Admitir, aqui, a acumulação não contrária a disciplina normativa infraconstitucional do Estado. Na definição do decreto estadual n. 42.850/63, cargo técnico é o que 'exige, para seu exercício, conhecimentos específicos de nível superior, normal ou profissional de ensino'. São três as hipóteses de formação aí referidas e a que discutimos nestes autos enquadra-se perfeitamente na última delas."

Para as hipóteses possíveis de acumulação de cargos públicos, existe uma limitação estipendial, decorrente da EC n. 19/1998 que estipula que a remuneração e o subsídio, decorrentes da cumulação dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta e indireta de qualquer dos Poderes, incluindo-se os detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e dos proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, incluídas as vantagens pessoais, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do STF (art. 37, XI, da CF).

O texto constitucional federal, em sua redação primitiva, não impedia a acumulação de proventos com vencimentos, como se verifica nos trabalhos desenvolvidos pelas comissões temáticas, que levaram, antes da promulgação da atual Carta, à proposição da seguinte redação:

"Art. 87. É vedada a acumulação de cargos, funções públicas, empregos,

proventos, exceto:" Essa proposta da Comissão, em julho de 1987, recebeu uma emenda supressiva pelo constituinte Nelson Carneiro, Senador da República, no sentido da eliminação do *caput* do artigo 87, da palavra *proventos*: "(...) o que é preciso é reabrir o serviço público a todo e qualquer cidadão nele inativo, desde que prestante e útil ao serviço. Sem isso a aposentadoria se constitui em castigo, quando sua instituição preside a ideia de prêmio. A prevalecer a situação reinante, cidadãos prestantes e saudáveis estariam sendo condenados à inércia, com magros proventos e, portanto, condenados a se sentirem velhos – sem segurança, sem serenidade, sem alegrias, sem felicidade, abandonados ao largo de uma sociedade indiferente à sua sorte. E sentir-se velho é que é ser velho, pois a senectude não existe para o homem enquanto busca, como disse Rostand. A busca é que tem o condão de alçar o idoso acima da adversidade fatal do fato biológico. Com essas razões, justifico a pretensão de eliminar do *caput* do art. 87 a palavra 'proventos' e suprimir o seu § 2º."

A proposta de emenda à Constituição foi aprovada, e o Projeto "A" da Comissão de Sistematização já figurou com a redação de dispositivo, tal com se mantém hoje no disposto pelo artigo 37, XVI, da atual Constituição.

A Constituição Federal permite a acumulação de cargos públicos conforme as exceções nela previstas. Uma das situações permitidas é a acumulação de um cargo de magistério juntamente a um técnico ou científico, desde que haja compatibilidade de horário.

Pois bem, o artigo 19 da Lei n. 8.112/90 estabelece uma carga horária mensal de no máximo 8 (oito) horas diárias e no mínimo 6 (seis) horas diárias, ressalvando, contudo, a duração de trabalho estabelecida em leis especiais (§ 2º, art. 19, da lei acima citada).

Em nossa Obra intitulada *Lei n. 8.112/90 Interpretada e Comentada*: Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União[171], ao comentarmos o supracitado artigo 19, defendemos a redução da carga horária diária, para a mínima, qual seja, 6 (seis) horas, nas situações de maior desgaste físico-biológico, psicossocial e familiar, causados em diversos tipos de serviço, tal como o atendimento ao público, onde o servidor público possui desgaste maior do que aquele que exerce função interna, sem contato com pessoas estranhas à repartição.

Encaixa-se na hipótese acima referida a categoria dos professores, que ao

ministrarem grande número de aulas também estão expostos a maiores desgastes, devendo ter uma jornada de trabalho mais flexível e menor.

O critério de aferição entre a compatibilidade de horários em relação a uma situação (professor) e a outra (técnico ou científico) em nossa opinião, aquele que representa a prestação de serviço plena e efetiva, através da ministração de aulas, compatíveis com a carga horária da outra situação jurídica, é que prevalecerá quando da estipulação da definição da carga horária.

Melhor explicando, se no magistério o professor possui carga horária de 8 (oito) horas diárias e no outro vínculo público o horário se imbrica, mas o servidor cumpre rigorosamente sua carga horária, sem prejuízo para o ente público, é de prestigiar a primazia da realidade, tendo em vista que o regime de horário do magistério não significa que necessariamente o servidor deva estar presente no local onde exerce sua atividade (sala de aula) todo o tempo de sua jornada de trabalho, em decorrência de que há uma carga horária destinada para cursos, preparação de aulas, correção de trabalhos e provas, reuniões pedagógicas, planos de aulas para o ano letivo seguinte etc.

Portanto, se houver incompatibilidade entre os horários, mas restando demonstrado que na prática não existe prejuízo ao cumprimento da jornada de trabalho, é possível a acumulação de dois cargos sob o regime de 40 (quarenta) horas, na mesma cidade.

Entendimentos internos de órgãos públicos não podem impedir a legítima acumulação de cargos, em decorrência de que tal entendimento/tarefa é de competência da Constituição Federal.

Por outro lado, pelo Parecer GQ 145, da Advocacia-Geral da União, houve uma restrição à acumulação de cargos quando o regime de trabalho perfaça o total de 80 (oitenta) horas semanais, sendo esse posicionamento aprovado pelo Presidente da República, possuindo, via de consequência, efeito vinculativo para os órgãos públicos federais.

Sucede que nem a Constituição Federal, nem a Lei n. 8.112/90, quando tratam sobre a matéria, em seus artigos 118 a 120, ressalvam a impossibilidade de acumulação de cargos em razão da carga horária semanal, apenas estabelecem que os horários devem ser compatíveis. Ou seja, o Parecer GQ 145/AGU, que não é Lei, apesar de possuir força normativa entre a Administração Pública Federal, não pode limitar a lícita

acumulação prevista pela Constituição Federal.

Ora, acumulação de cargos é a possibilidade de duas situações jurídicas concomitantes do servidor (vínculo) perante o Poder Público, em horários que sejam compatíveis. Por compatíveis, entendem-se os horários conciliáveis, aqueles que não prejudiquem a regular prestação do necessário serviço público desempenhado pelo servidor. Essa é a essência da compatibilidade de horários, para fins de acumulação, visto que o servidor público não poderá perceber as suas remunerações se efetivamente os seus horários são comprometidos pela impossibilidade de cumprir a dupla carga horária diária. Por isso é que ressaltamos a primazia da realidade como o fator primordial na busca da aferição da compatibilidade ou não de horários entre os cargos legalmente acumuláveis.

Portanto, não havendo incompatibilidade entre os horários de prestação de serviços e, sendo cumpridas integralmente as respectivas jornadas de trabalho legalmente estabelecidas em Lei ou Regulamento dos dois cargos acumulados, restará caracterizada a compatibilidade entre os horários. Entendemos que o critério para a aferição da compatibilidade dos horários dos cargos públicos acumulados é o cumprimento integral da frequência de trabalho do servidor público.

Esse entendimento deve ser prestigiado pela Administração Pública, quando ela for verificar a compatibilidade da carga horária dos cargos acumulados, em face de sua vinculação ao princípio da legalidade (art. 37, CF).

O Parecer QG 145, da Advocacia-Geral da União, não serve de supedâneo legal para suprir lacuna deixada pela Lei, mesmo aprovado pelo Presidente da República, pois a presente hipótese versa sobre uma garantia constitucional, que é a da possibilidade de o servidor acumular os cargos elencados nas exceções previstas no artigo 37, XVI, da Magna Carta.

Dessa forma, prevalece a interpretação de que, cumprida integralmente a frequência de trabalho, há compatibilidade de horário.

Esse entendimento é também referenciado pela doutrina, podendo-se trazer as considerações de Hely Lopes Meirelles[172] sobre o tema, que assim averbava:

> “Pelas atuais disposições constitucionais, entendemos que o servidor aposentado pode exercer qualquer emprego, função ou cargo em comissão, já que não se encontra nenhuma restrição nas normas a

respeito. E, se aposentado em dois cargos, nos termos do art. 37, com os respectivos proventos, a remuneração pelo exercício de mandato eletivo ou cargo em comissão, ou pela prestação de serviços.”

O eminente Celso Antônio Bandeira de Mello[173] aduz:

“Assim, por ser a acumulação um direito (nas hipóteses permitidas), há de se concluir que o servidor não pode ser impedido de acumular (...) Aqueles que, antes do ‘Emendão’ já acumulavam licitamente e licitamente estavam superando o teto que veio a ser afetado por ele, conforme se esclarece mais adiante.” – [parênteses e aspas no original] –

Em sendo assim, na situação jurídica do Professor, do Médico, do Magistrado, que podem acumular suas relevantes funções, não há que se criar regras limitadoras, mas sim situações que se compatibilizem entre si.

Não resta dúvida de que a regra geral é a da inacumulabilidade de cargos ou empregos públicos.

A Constituição Federal ressalva as situações que podem ser objeto de acumulação lícita de cargos.

O servidor que estiver acumulando cargos ilicitamente deverá fazer opção por uma das situações legais, ou, do contrário, será exposto à persecução disciplinar.

10.14. Da acumulação de vencimentos com proventos

Em qualquer situação legal estabelecida pela Constituição Federal, para fins de acumulação de cargos/empregos públicos, o servidor não poderá auferir vencimentos superiores aos recebidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, se na soma dos proventos de aposentadoria com os vencimentos recebidos por um dos vínculos ativos do servidor não poderão as duas situações jurídicas somadas exceder o correspondente ao valor do subsídio de Ministro do Supremo Tribunal Federal[174].

É assegurado o exercício cumulativo de 2 (dois) cargos ou empregos privativos de médico que estejam sendo exercidos por médico militar na administração pública direta ou indireta (art. 17, § 1º, do ADCT).

De igual forma, como regra excepcional de acumulação de cargos ou

empregos, o artigo 17, § 2º, do ADCT assegura o exercício cumulativo de 2 (dois) cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde que estejam sendo exercidos na administração pública direta ou indireta.

Por outro lado, o militar que passou para a reforma remunerada e veio a ser integrado ao serviço público federal em cargo ou emprego ativo e se inativando antes da promulgação da Emenda Constitucional n. 20/1998 possui o direito de acumular as duas situações jurídicas, em face do seu direito adquirido.

A Constituição Federal promulgada em 05.10.88 jamais restringiu essa dupla situação jurídica do ex-militar, que sempre teve no vínculo civil a possibilidade de continuar servindo à nação, além de poder complementar sua renda familiar.

Foi por intermédio do artigo 11 da EC n. 20/1998 que houve a restrição à acumulabilidade da aposentadoria militar com o vínculo civil, sendo vedada a respectiva acumulação posteriormente à publicação da aludida Emenda Constitucional.

Assim ficou redigido o artigo 11 da EC n. 20/1998:

> "A vedação prevista no art. 37, § 10, da Constituição Federal, não se aplica aos membros de poder e aos inativos, servidores e militares, que, até a publicação desta Emenda, tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal, sendo-lhes proibida a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência a que se refere o art. 40 da Constituição Federal, aplicando-se-lhes, em qualquer hipótese, o limite de que trata o § 11 deste mesmo artigo."

Apesar da clareza do texto da EC n. 20, promulgada em 15.12.98, o Tribunal de Contas, por interpretação própria e ilegal, glosava uma das situações jurídicas dos ex-militares que se enquadram na exata posição do seu artigo 11, acima transcrito, antes da publicação da referida Emenda.

Pacificando por completo a matéria, o STF julgou como lícita a acumulação de cargo de servidor público civil ativo com militar reformado, existente antes da EC n. 20/1998, pelo MS n. 24.958/DF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 1º abr. 2005.

Inúmeros são os julgados do STF que disciplinam a matéria no sentido de ser lícita a aludida acumulação no período citado.

10.15. Improbidade administrativa – do preocupante caráter aberto da norma

A Lei de Improbidade nasceu do Projeto de Lei n. 1.446/91, enviado pelo então Presidente Fernando Collor de Mello ao Congresso Nacional, pois que necessitava dar um basta à onda de corrupção que assolava o País naquela época.

Sob o rótulo da moralidade, o Ministro da Justiça, Jarbas Passarinho[175], do citado governo, deixou registrado em sua Exposição de Motivos que o combate à corrupção era necessário, pois se trata de "uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o País".

Sempre foi uma cultura nefasta em nosso país, como nos países da América do Sul, ver os homens públicos desrespeitando a coletividade pelos seus maus-tratos à coisa pública. Ora, a corrupção atrasou a evolução (em todos os sentidos) de muitos povos do nosso continente, que obtiveram dos políticos o retrocesso e a conduta desleal, em vez de zelarem pela boa e pura intenção dos seus atos.

A Lei de Improbidade foi sancionada e publicada com a finalidade de combater atos que afetem a moralidade e maltratem a coisa pública. Todavia, como a lei em comento possui comandos muito abertos, torna-se necessário que haja uma grande prudência, objetivando evitar-se o manejo indiscriminado e abusivo de ações de improbidade administrativa, para que ela não se torne ineficaz e enfraquecida, pelo excesso da sua utilização sem justa causa, ou seja, nos casos que não comportem a devida tipificação.

Isso porque o comando legal em questão se preocupou apenas em definir os tipos da improbidade administrativa (arts. 9º, 10 e 11), sem, contudo, definir o que venha a ser ato ímprobo.

Ao deixar de definir o conteúdo jurídico do que venha a ser o ato de improbidade administrativa, a Lei n. 8.429/92 permitiu ao intérprete uma utilização ampla da ação de improbidade administrativa, gerando grandes equívocos, pois possibilitou que atos administrativos ilegais, praticados sem má-fé ou sem prejuízo ao ente público, fossem confundidos com os tipos previstos na referida lei.

Tal equívoco (omissão) do Legislador, como aduzido, resultou na falta de uma definição jurídica do ato de improbidade administrativa, apresentando-se, portanto, como norma de conteúdo incompleto.

O texto da lei em questão se assemelha com a norma penal em branco, por possuir conteúdo incompleto[176], sendo que seu *aperfeiçoamento* fica ao encargo do operador do direito, quando da interpretação da referida lei.

O dever de identificar com clareza e precisão os elementos jurídicos definidores do ato de improbidade administrativa competia à Lei n. 8.429/92, mas o Legislador preferiu se omitir sobre tal questão, fixando apenas os seus três tipos.

Em decorrência da citada omissão, a acusação, desatenta (ou propositalmente), desatrelada de um mínimo de plausibilidade jurídica, é viável, justamente pelo caráter aberto da norma *sub-oculis*. Tal qual o ato de tipificação no âmbito penal que obriga o Legislador a definir todos os elementos integrantes do tipo penal, era dever indelegável do Legislador, em relação à Lei n. 8.429/92, identificar com clareza e precisão os elementos definidores da conduta de improbidade administrativa, para após fixar os seus tipos.

A definição jurídica da expressão improbidade administrativa não pode ser inexistente, indeterminada, no bojo da Lei em questão, justamente porque ficará livremente a critério de cada intérprete a sua elucidação ou poderá configurar um ato de prepotência do representante do Ministério Público, quando da formulação de uma acusação, pois a segurança jurídica que permeia um Estado Democrático de Direito como o nosso não permite essa indefinição.

Perfeita foi a síntese do Ministro Celso de Mello em seu voto de Relator, pelo Plenário da Excelsa Corte, no processo de Extradição n. 633[177]:

> "O ato de tipificação penal *impõe* ao Estado o *dever* de identificar, *com clareza* e *precisão*, os elementos definidores da conduta delituosa. As normas de incriminação que desatendem essa exigência de objetividade – além de descumprirem a *função de garantia* que é inerente ao tipo penal – qualificam-se como expressão de um discurso normativo absoluto incompatível com a essência norma dos princípios que estruturam o sistema penal no contexto dos regimes democráticos." – [itálico nosso] –

Não obstante ter sido focado o aspecto penal, o princípio pode ser aplicado subsidiariamente ao caso em comento, pois uma norma penal em branco sempre foi definida como "um corpo errante sem alma", assemelhando-se ao texto da Lei de Improbidade Administrativa, que

deixou de determinar, com clareza e precisão, a definição jurídica de conduta ímproba, ficando esta sem conteúdo descritivo, incompleta.

Mais uma vez, louvando-se das colocações do Ministro Celso de Mello[178], extrai-se:

> "O reconhecimento da possibilidade de instituição de estruturas típicas flexíveis não confere ao Estado o poder de construir figuras penais com utilização, pelo legislador, de expressões ambíguas, vagas, imprecisas e indefinidas. É o que o regime de indeterminação do tipo penal implica, em última análise, a própria subversão do postulado constitucional da reserva de lei, daí resultando com efeito consequencial imediato, o gravíssimo comprometimento do sistema das liberdades públicas."

A norma em branco é aplicada ao direito administrativo, pois o princípio da tipicidade retira a subjetividade do intérprete, em decorrência do princípio da legalidade.

Não resta dúvida de que o princípio da reserva legal (art. 5º, II, da CF) impede que a Administração Pública se utilize de norma incompleta para impor punição. É necessário, nesses casos, que ocorra a integração com outra norma legal, para evitar que se inflijam sanções injustas.

Fábio Medina Osório, em seu *Direito Administrativo Sancionador* (São Paulo: RT. p. 206), possui o mesmo posicionamento:

> "Os regulamentos, os atos administrativos costumam integrar o núcleo dessas proibições, de tal sorte que resulta comum falar-se em 'normas em branco' no campo do Direito Administrativo Sancionador. Uma norma remete o intérprete a outras de categoria inferior, inclusive normas administrativas, atos administrativos, permitindo-se uma dinâmica própria e altamente veloz no interior do próprio sistema repressivo. Necessário, sem embargo, observar o respeito ao princípio da tipicidade, formal e material, de modo a não ser possível que o legislador outorgue, de forma total e completa, a competência tipificante à autoridade administrativa, pois assim estaria esvaziando o princípio da legalidade." –[aspas no original]–

No direito público é obrigatório que a acusação seja certa, objetiva e circunstanciada e o fato imputado ao Réu subsumido em um tipo legalmente previsto, decorrendo tais exigências dos princípios da legalidade

e da segurança jurídica.

Sobre o tema, tivemos a oportunidade de nos manifestar[179]:

> "Deflui esse entendimento do fato da legalidade administrativa estabelecer também a submissão do Estado a toda ordem jurídica. Sendo um dos encargos do legislador constituir modelos jurídicos, a partir da realidade, para estabelecer abstratamente, valores que a colocam como um fim a ser alcançado. (...) Deve a ação ser típica e antijurídica, ou seja, adequando-se com a descrição feita pela lei, objetivando subsumir na mesma a conduta de quem praticou um ato ilícito, para fundamentá-lo."

Dessa forma, a tipicidade (*typizität*), como característica do direito penal moderno, totalmente extensível ao direito administrativo, como ramo autônomo do direito público, segundo Beling, trata-se da necessidade de que os delitos sejam catalogados, ou correspondam ao tipo descrito em lei, para que eles não fiquem expostos a vagas e genéricas definições.

In casu, ocorre a ausência de explicitação legal do núcleo da improbidade administrativa, visto que o Legislador se omitiu quanto ao seu dever de estabelecer o elemento conectante do ato ímprobo.

Partir de um dos tipos descritos nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/92, sem contudo definir o que venha a ser o próprio núcleo da prática do ato de improbidade administrativa, possibilita interpretações ampliativas ou analógicas contrariamente ao princípio da reserva legal.

Como a Lei de Improbidade Administrativa é infraconstitucional, concebida para dar efetividade ao artigo 37, § 4º, da CF, ela deve possibilitar, sem qualquer equívoco ou distorção, que todos os agentes públicos saibam, em primeiro lugar, o que é o ato tido como ímprobo, para após terem ciência dos seus tipos legais.

Esse raciocínio legal deflui do princípio do *due process of law* (art. 5º, LIV, da CF), capaz de evitar a aniquilação do princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), para que o processo não se torne método ou instrumento de tortura do agente público, a violentar-lhe a dignidade, honra, sossego, vida privada e a imagem (art. 1º, III, da CF, art. 5º, V e X, da CF), conturbando-lhe a intimidade (art. 5º, X, da CF).

O Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF) repugna e abomina tal falha legislativa, capaz de propiciar graves erros jurídicos, *v.g.*, o manejo indevido de ações de improbidade administrativa.

Somente os casos em que a conduta do agente se subsuma nos comandos da Lei n. 8.429/92, de forma inequívoca e estreme de dúvidas, é que deverão submeter-se à sua liturgia.

Nesses mais de 10 (dez) anos de vigência da Lei em questão, muitos excessos foram verificados, com grave abuso de direito por parte dos representantes do Órgão do Ministério Público, que enlamearam, injustamente, inúmeros agentes públicos, condenando-os perante a opinião pública, antes mesmo que o Poder Judiciário se pronunciasse sobre o caso levado ao seu crivo.

Em sendo assim, torna-se urgente e absolutamente necessário definir o que vem a ser ato de improbidade, que, apesar de se abrigar em um conceito bem aberto, possibilitará aos operadores do direito a devida análise sobre a utilização correta da presente ação.

Alexandre de Moraes[180] assim define atos de improbidade administrativa:

> "Atos de Improbidade Administrativa são aqueles que, possuindo natureza civil e definidamente tipificados em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública, independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo material ao erário público."

Para Ives Gandra da Silva Martins[181]: "É irresponsável aquele que macula, tisna, fere, agride a moralidade pública, sendo ímprobo administrador, favorecendo terceiros, praticando a concussão ou sendo ímprobo administrador, ou sendo instrumento de corrupção."

Por sua vez, Marino Pazzaglini Filho e outros[182], em uma primeira análise sobre o tema, aduzem:

> "Numa primeira aproximação, improbidade administrativa é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que sob diversas formas promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo 'tráfico de influência' nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interessados da sociedade, mediante a concessão de obséquios e

privilégios ilícitos.” [parênteses e aspas no original]

Definindo corrupção, de uma forma genérica, Manoel Gonçalves Ferreira Filho[183] grafou-a como “um desvio de conduta aberrante em relação ao padrão moral consagrado pela comunidade. Não apenas um desvio, mas um desvio pronunciado, grave, insuportável.”

Ainda sobre a questão, posiciona-se Antônio Lamarca[184], consagrado jurista do Direito do Trabalho, que faz um alerta para que haja a devida e necessária ponderação:

> “(...) logo, ‘improbidade’ é ‘falta de probidade’; mau caráter; desonestidade; maldade; perversidade (...) juridicamente, porém, o sentido deve ser menos amplo. A não ser assim, o prosseguimento de todo e qualquer vínculo empregatício ficaria sempre na dependência do bom caráter, da honradez e da ‘bondade’ (contrário da perversidade) do trabalhador: uma empresa de grandes proporções deveria manter em seus quadros milhares de obreiros honestos, bons, de bom caráter, o que seria o mais completo absurdo.” [aspas e parênteses no original]

Entendemos que o ato de improbidade administrativa é aquele em que o agente público pratica ato comissivo ou omissivo com devassidão (imoralidade), através de sua vontade livre e consciente de realizá-lo, produzindo o resultado ou assumindo o risco de produzi-lo (dolo).

Em síntese, a Lei n. 8.429/92, ao descrever os atos de improbidade administrativa, dividiu-os em três grupos, quais sejam: enriquecimento ilícito (art. 9º, I a XII); ação ou omissão que redunde em perda patrimonial ou prejuízo (art. 10, I a XIII) e violação aos princípios da Administração Pública elencados no artigo 11 e seus incisos.

Essa Lei é uma consequência do que vem estatuído no § 4º do artigo 37 da CF que pune a prática do ato de improbidade administrativa com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário público, na forma e gradação previstas na respectiva Lei. Contudo, o citado permissivo constitucional exige, por óbvio, para a imposição das sanções nele previstas, a prática de um ilícito revestido de má-fé.

10.16. Ausência de prejuízo ao ente público retira a

tipicidade da conduta do agente público prevista na lei de improbidade administrativa

O objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que ocorra a subsunção da conduta ilícita do agente público na Lei de Improbidade, faz-se necessário também que esteja configurado o dolo e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público manifestada pela sua má-fé.

Meros equívocos formais ou inabilidade do agente público são insuficientes para justificar a possibilidade jurídica de que ele responda a uma ação de improbidade, inclusive em decorrência da ausência de dolo ou culpa em sua conduta (elementos subjetivos dos tipos).

Nesse sentido, Maria Silvia Zanella Di Pietro considerou[185]:

> "O enquadramento da Lei de Improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando o ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto."

Alexandre de Moraes[186], de igual forma, averbou:

> "Afastou-se, portanto, a responsabilização objetiva do servidor público, pois a finalidade da lei é responsabilizar e punir o administrador desonesto. A Lei de Improbidade, portanto, não pune a mera ilegalidade, mas a conduta ilegal ou imoral do agente público e de todo aquele que o auxilie voltada para a corrupção. O ato de improbidade administrativa exige para a sua consumação um desvio de conduta do agente público que no exercício indevido de suas funções afaste-se dos padrões éticos e morais da sociedade, pretendendo obter vantagens materiais indevidas ou gerar prejuízos ao patrimônio público mesmo que não obtenha sucesso em suas intenções, como ocorre nas condutas tipificadas no artigo 11 da referida lei."

Em abono à doutrina declinada, o Egrégio STJ[187] caracterizou a responsabilidade subjetiva do seguinte modo: "Não havendo enriquecimento ilícito e nem dano ao erário municipal, mas inabilidades do

administrador, não cabem punições previstas na Lei n. 8.429/92. A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil."

Dessa forma, a prática do ato de improbidade administrativa deve ser livre e consciente, decorrendo de uma conduta típica e antijurídica, com a presença do dolo na conduta do agente público, somados a sua má-fé.

Ausente na conduta do agente público, o elemento subjetivo do tipo (dolo), não vislumbramos como o ato administrativo possa ser tipificado na presente lei. É necessário que o agente público pratique um ato desonesto, imoral ou em detrimento do erário público[188], sob pena de faltar legitimidade para o ingresso da ação de improbidade administrativa. Pensar de modo diverso é estabelecer a possibilidade de se equiparar um ato praticado de boa-fé, mesmo padecendo de um vício de legalidade, com aquele que é constituído de má-fé, levado a efeito por intermédio de uma devassidão.

Em sendo assim, identificado um ato ilegal, por si só, não é conferida a legitimidade para o ingresso da ação de improbidade administrativa conforme orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça[189]:

> "(...) O ato de improbidade, a ensejar a aplicação da Lei n. 8.429/92, não pode ser identificado tão somente com o ato ilegal. A incidência das sanções previstas na lei carece de um *plus*, traduzido no evidente propósito de auferir vantagem, causando dano ao erário, pela prática de ato desonesto, dissociado da moralidade e dos deveres de boa administração, lealdade e boa-fé."

A exegese dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/92 exige a prova direta da prática de ato ilícito doloso, lesivo ao erário público. Qualquer irregularidade na função pública, mesmo que cause prejuízo ao erário, para se encaixar nos termos da presente lei deverá possuir a inseparável presença da desonestidade[190] do agente público, do contrário não será um ato ímprobo.

A falta de prejuízo ao erário público, além de retirar a viabilidade da ação de improbidade, permite que o ato administrativo que se afigura como inábil ou defeituoso seja convalidado, em respeito à proeminência do interesse público[191].

E não é outro o posicionamento do STF[192], que somente tem como lícita a declaração de nulidade de ato ou de processo quando da inobservância de

formalidade legal resultar prejuízo para o Estado: “Em direito público, só se declara nulidade de ato ou de processo quando da inobservância de formalidade legal resulta prejuízo (...)”.

Pela falta de prejuízo ao erário público, o Superior Tribunal de Justiça[193] decidiu que a nulidade de um ato ou processo deve-se “(...) à conjunção de dois requisitos: a irregularidade e a lesão do Estado. Irregularidades formais – meros pecados veniais – que não comprometem o equilíbrio entre os licitantes nem causam prejuízo ao Estado não conduzem à declaração de nulidade”.

Em outra passagem, o STJ[194], mantendo-se coerente com os posicionamentos declinados, deixou assente que omissões superficiais ou até mesmo irregulares, desde que não lesem o Estado, não devem conduzir à nulidade do procedimento licitatório: “As imprecisões do edital que não prejudiquem nem lesem o Estado, por se constituírem em meras irregularidades formais, não conduzem à declaração de nulidade da homologação do certame.”

A boa-fé e a falta de prejuízo (lesão) ao erário (Administração Pública) retiram do Órgão do Ministério Público a legitimidade *ad causam* para processar o administrador inábil ou desastrado.

Tivemos a oportunidade de deixar registrado, em nossa Obra intitulada *O Contrato Administrativo*, o que segue[195]:

> “Destarte, o Poder Judiciário não pode afastar do julgamento o princípio da proporcionalidade, de etiologia constitucional e de aplicação imperativa, seja na tipificação do ato de improbidade administrativa, seja na resposta estatal, materializado por sanções de uso preso à gravidade, maior ou menor, de ilicitude.”

Sobre o tema, o ensinamento de Fábio Medina Osório[196]:

> “Um primeiro problema a ser enfrentado diz respeito à tipicidade formal de determinados atos de improbidade que, todavia, não se mostram materialmente lesivos a valores e princípios regentes da Administração Pública *lato sensu*, não se justificando, nessa hipótese, o desencadear de processo, ação criminal ou ação civil pública, permitindo-se acordos e enfatizando-se a importância, se for o caso, do ressarcimento ao erário.”

Portanto, não havendo desonestidade por parte do administrador, mas

mero equívoco, sem que em sua conduta esteja presente o dolo e não tenha ocorrido prejuízo[197] para o Poder Público, não há que falar em ato de improbidade administrativa. Esse entendimento deve estar bem delimitado, pois ingressar com ação de improbidade administrativa, sem que esteja demonstrado um mínimo de lesividade ao erário público, retira o requisito básico que a lei exige como fator *sine qua non* para a propositura de processos como o ora analisado.

O inábil ou desastrado nunca poderá ser rotulado como desonesto ou ímprobo, se não lesar os cofres públicos. Acionar por acionar, o referido agente, configura grave abuso de direito. Haverão sempre que estar presentes os requisitos mínimos para tal desiderato, sob pena de excesso de poder do autor da ação.

Apesar de o artigo 21, I, da Lei de Improbidade Administrativa dispor que na aplicação das sanções previstas em seu comando independe a ocorrência de dano ao patrimônio, a doutrina e a jurisprudência dominantes firmaram uma corrente, quase unânime, no sentido de que atos administrativos ilegais que não contenham imoralidade, caracterizada por devassidão e desonestidade, ficam fora do contexto da lei acima referida. Os dispositivos da lei em tela não possuem o esteio de generalizar toda conduta ilegal como ímproba, pois senão estaria afastando o espectro da hipótese prescrita no artigo 37, § 4º, da CF, o que é vedado pelas regras de interpretação constitucional.

O prejuízo a que nos referimos não é só o causado ao patrimônio público, tendo em vista que os valores morais se incluem no referido contexto.

Portanto, conforme aduzido acima, a ausência de prejuízo ao patrimônio público e aos valores éticos e morais é suficiente para retirar o ato administrativo ilegal da abrangência da LIA.

Isso porque o objetivo da Lei de Improbidade é combater os atos administrativos imorais e devassos, concretizados com má-fé, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, praticadas pelo agente público de boa-fé[198].

A probidade administrativa é a obrigação de todo agente público, em decorrência de que ela é uma forma de moralidade. Por essa razão é que o agente público, quando no exercício de seu *munus*, tem o dever de ser honesto e probo. Qualquer ilegalidade manifestada pela prática de um ato ilícito tipificado na Lei n. 8.429/92 deve ser precedido de má-fé, pois a boa-

fé revela a própria probidade, antítese da improbidade administrativa.

Por essa razão é que para a subsunção da conduta do agente público na Lei de Improbidade Administrativa é necessária a demonstração de dano, além de outros elementos.

Esse dano deve ser demonstrado de plano, sendo certo que por dano se entende não só o prejuízo causado ao erário público, mas também qualquer ato administrativo imoral, que viole princípios, inclusive o da honestidade com que deve proceder o agente público no exercício de suas funções.

Dessa forma, tanto a jurisprudência do STJ quanto a doutrina relacionam a improbidade administrativa à noção de má-fé, de desonestidade do agente público.

Não havendo dano ao erário público ou imoralidade, não há que se falar em ato de improbidade administrativa praticado pelo agente público. Portanto, é dever do operador do direito preconizar esse entendimento, em decorrência de que a lei é omissa, por não descrever, como era obrigação do Legislador, o conteúdo do núcleo da improbidade administrativa, visto que não a qualificou, pois preferiu apenas nominar seus tipos, sem a definição do próprio conteúdo do que venha a ser o ato ímprobo.

Em face do aduzido, houve um verdadeiro excesso em relação à aplicação da presente lei, que, se não for interpretada de maneira séria e conservadora, irá acarretar o manejo de inúmeras ações natimortas (como já acarreta).

O ajuizamento de excessivas ações de improbidade administrativa, manejadas com o nítido objetivo de perseguição, viola o plasmado da própria moralidade, visto que a jurisdição não é outorgada à parte para que ela abuse dessa prerrogativa.

Em sendo assim, o operador do direito deve ser o mais justo e leal, sob pena de cometer verdadeiro abuso do direito de acionar.

Mesmo que haja prejuízo ao erário público, conduta descrita no *caput* do artigo 10 e em seus incisos da Lei n. 8.429/92, para que ocorra a subsunção da conduta do agente público na lei em questão, é necessário estar materializado um ato devasso e imoral (além de outros elementos), pois nem todo ato desastrado ou inábil é tipificado como ímprobo.

Havendo prejuízo (dano, lesão) ao erário, sem que esteja materializada uma conduta devassa do agente público, é retirada a tipicidade, ficando impossibilitada a subsunção da conduta do agente na Lei de Improbidade

Administrativa, em face da ausência de imoralidade qualificada.

Com tal posicionamento não se defende a impunidade do agente público, em decorrência de que o Poder Público poderá manejar ação civil pública de ressarcimento contra qualquer pessoa que lhe causar prejuízo. Apenas se preconiza que a Lei de Improbidade Administrativa deve ser interpretada de maneira séria, coerente, sem distorções e abusos, sempre balizada com a realidade dos fatos, para que ela não seja vulgarizada e utilizada como instrumento de vingança, como vem sendo na atualidade pelos representantes do Órgão do Ministério Público, que em determinadas situações não fazem a devida ponderação, preferindo ingressar com ações de improbidade administrativa contra tudo e contra todos, mesmo que não haja ato ímprobo a ser combatido na referida ação.

De igual forma, faz-se necessário esclarecer que ímproba é a conduta do agente público em atentar contra a moralidade, demonstrada pela vontade livre e consciente de realizá-la, produzindo o resultado ou assumindo o risco de produzi-lo (dolo), violando especificamente dispositivo da LIA. A intenção livre e consciente de violar dispositivo legal é condição subjetiva indispensável para que a conduta do agente seja subsumida em um tipo da presente lei, sob pena de vulgarização do que venha a ser o ato de improbidade administrativa, que, como visto, não se caracteriza como toda conduta ilegal, devendo estar presente a devassidão, entre outros elementos.

10.17. Prescrição para a prática de atos ilícitos que causem prejuízo ao erário público

A regra é a da prescritibilidade dos atos do Poder Público e dos particulares, em proeminência da segurança jurídica.

Contudo, o Constituinte atual estabeleceu, no artigo 37, § 5º, da CF, a imprescritibilidade para os ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário público, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Como o citado parágrafo 5º do artigo 37 dispõe que “a lei estabelecerá sobre os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, (...)” ressalvando apenas as respectivas ações de ressarcimento, houve uma divisão jurisprudencial no STJ.

A corrente defendida pelo Ministro Castro Meira (AgRg no Ag n.

993527/SC, 2ª T, *DJ* de 11 set. 2008) é no sentido de que a norma constante no artigo 23 da Lei n. 8.429/92 regulamentou especificamente a primeira parte do § 5º do artigo 37 da CF, sendo que à segunda parte que diz respeito às ações de ressarcimento ao erário, por carecer de regulamentação, aplica-se a prescrição vintenária preceituada no Código Civil revogado, em face de a lesão ter sido consumada em sua vigência.

Como ponto de apoio, o citado julgado se escuda no REsp n. 601.961/MG, relatado pelo Ministro João Otávio de Noronha (*DJU* de 21 ago. 2007), bem como nos seguintes precedentes do STJ: REsp n. 680.677/RS, Rel. Min. Humberto Martins; REsp n. 689.875/RS, Rel. Min. José Delgado; REsp n. 665.130/RS, *DJU* de 2 jun. 2006; REsp n. 681.161/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, *DJU* de 10 abr. 2006.

Por sua vez, a Ministra Eliana Calmon (REsp n. 1067561/AM, 2ª T., *DJ* de 27 fev. 2009) julgou de forma oposta a corrente anteriormente referida, no sentido de declarar ser imprescritível a ação de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário público, independentemente da promulgação de lei ordinária.

Aderiu a essa corrente a Ministra Denise Martins Arruda (REsp n. 801846/AM, 1ª T., *DJ* de 12 fev. 2009), que trouxe como suporte de apoio o MS n. 26.210/DF, do Pleno, do STF, que teve a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, *DJ* de 9 out. 2009, por maioria.

Independentemente das duas correntes jurisprudenciais citadas sobre o instituto da prescrição nas ações de ressarcimento ao erário público, é de perquirir se o Órgão do Ministério Público possui legitimidade *ad causam* para propor ação de ressarcimento ao erário após o decurso do prazo de 5 (cinco) anos da prática do ato ilícito.

Independentemente da lesão causada ao erário público e da gravidade do ilícito praticado, é de ressaltar que a legitimidade ativa para propor ação de ressarcimento é do ente público lesado, destinatário, inclusive, de um futuro título judicial que determinará a devolução ao erário público dos valores desviados de seu patrimônio.

Já a legitimação extraordinária é aquela que resulta de dispositivo previsto em Lei (art. 6º, do CPC), onde a parte está autorizada a ingressar em juízo, em nome próprio, como autor ou réu na defesa de direito alheio.

Com relação à prática de atos de improbidade administrativa que possam causar lesão ao erário público, inexiste dúvida de que a legitimação

ordinária é da pessoa jurídica que tenha sofrido a lesão que ocasionou a diminuição de seu patrimônio. A redução patrimonial ocorrida acarreta a legitimação ativa, em primeiro lugar, da pessoa jurídica de direito público cujo patrimônio foi aviltado pela prática de ato ilícito por agente público ou por terceiros.

Nesse sentido, ao interpretar-se como imprescritível a ação de ressarcimento ao erário público (art. 37, § 5º, da CF) e, em sendo o titular do direito de acionar o ente público lesado, tem-se que essa prerrogativa, de propor a ação a qualquer tempo, é do titular do direito no plano material do ordenamento jurídico.

Isso porque a prescrição é a regra, sendo exceção a imprescritibilidade que, *in casu*, refere-se à ação de ressarcimento ao erário público.

Sendo certo que "a sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito" (art. 18, da Lei n. 8.429/92).

Por outro lado, tem-se que a regra é a legitimação ordinária (ente público lesado) e a exceção é a legitimação extraordinária (do Órgão do Ministério Público). Em sendo assim, é factível que a Lei regule a matéria, de modo razoável, para que a legitimação extraordinária seja efetivamente exercida, sob pena de se extinguir tal direito subsidiário.

E a Lei n. 8.429/92, pelo disposto em seu artigo 23, incisos I e II, estabeleceu o lapso temporal para o exercício do direito de propor a ação de improbidade administrativa.

Ocorrendo o decurso do prazo previsto no artigo e incisos acima referidos, da Lei de Improbidade Administrativa, cessa a legitimidade extraordinária do Órgão do Ministério Público, inclusive para ingressar em Juízo com ação de ressarcimento ao erário público.

Isso porque a Lei n. 8.429/92, ao facultar para o Órgão do Ministério Público o direito de extraordinariamente ingressar com a ação de improbidade administrativa, submete-o aos prazos previstos no artigo 23 e seus incisos da citada Lei.

Posiciona-se no mesmo sentido a jurista Ada Pellegrini Grinover[199]:

> "o decurso do prazo previsto pelo art. 23 da Lei n. 8.429/92 se opera também em relação a pretensão de ressarcimento do erário, impondo,

quando menos a extinção da legitimação extraordinária do Ministério Público.”

Sendo certo que a Constituição Federal estabeleceu a legitimidade ativa do Órgão do Ministério Público para as seguintes providências/ações:

- promover privativamente a ação penal pública, na forma da Lei (art. 129, I, CF);
- ingressar com ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos na CF (art. 129, IV, da CF);
- defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, V, da CF);
- expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los na forma da Lei complementar respectiva (art. 129, VI, da CF).

Por sua vez, o inciso IX do artigo 129 da CF ao tempo em que confere ao Órgão do Ministério Público o direito de exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, *veda a representação judicial e a consultoria jurídica para entidades públicas*.

Em sendo assim, esgotada a legitimidade extraordinária do Órgão do Ministério Público para ingressar com a ação de improbidade administrativa, incluindo nesse contexto a ação de ressarcimento ao erário, caberá à pessoa jurídica de direito público lesada tomar as medidas legais para reaver o que lhe foi retirado ilicitamente.

Em convergência com o que aduzimos, segue o posicionamento adotado no REsp n. 246698/MG[200]:

“Processual Civil. Ação Civil Pública em defesa do patrimônio público. Hipóteses de cabimento. Legitimidade do Ministério Público. Limites. 1. A função institucional do Ministério Público, de promover ação civil pública em defesa do patrimônio público, prevista no art. 129, III, da Constituição Federal, deve ser interpretada em harmonia com a norma do inciso IX do mesmo artigo, que veda a esse órgão assumir a condição de representante judicial ou de consultor jurídica das pessoas de direito público. 2. Ordinariamente, a defesa judicial do patrimônio público é atribuição dos órgãos da advocacia e da consultoria dos entes públicos,

que a promovem pelas vias procedimentais e nos limites da competência estabelecidos em lei. A intervenção do Ministério Público, nesse domínio, somente se justifica em situações especiais, em que se possa identificar, no patrocínio judicial em defesa do patrimônio público, mais que um interesse ordinário da pessoa jurídica titular do direito lesado, um interesse superior, da própria sociedade. 3. No caso, a defesa judicial do direito à reversão de bem imóvel ao domínio municipal, por alegada configuração de condição resolutória da sua doação a clube recreativo, é hipótese que se situa no plano dos interesses ordinários do Município, não havendo justificativa para que o Ministério Público, por ação civil pública, atue em substituição dos órgãos e das vias ordinárias de tutela. 4. Recurso especial a que se nega provimento."

Sendo averbado pelo Ministro Relator Teori Albino Zavascki em seu voto condutor, que:

"A conjugação dos dois dispositivos constitucionais acima referidos deixa evidenciado que, ordinariamente, a defesa judicial do patrimônio público é atribuição dos órgãos da advocacia e da consultoria dos entes públicos, que a promovem pelas vias procedimentais e nos limites da competência estabelecidos em lei. Portanto, ordinariamente, o Ministério Público não está legitimado a atuar em defesa da Administração Pública. A sua intervenção nesse domínio, consequentemente, somente se justifica em situações não ordinárias, ou seja, em situações especiais. Que situações seriam essas? São as situações em que, no patrocínio judicial em defesa do patrimônio público, se possa identificar um interesse superior, que, por alguma razão objetiva e clara, transcende ao interesse ordinário da pessoa jurídica titular do direito lesado. Assim ocorre quando, pela natureza da causa, da magnitude da lesão, ou pelas pessoas envolvidas ou por outra circunstância objetiva, a eventual lesão trouxer um risco, não apenas restrito ao domínio da pessoa jurídica, mas a valores especialmente protegidos, de interesse a toda a sociedade. É o que ocorre, por exemplo, quando o patrimônio público é lesado pelo próprio administrador (improbidade administrativa) ou quando os órgãos ordinários de tutela judicial do patrimônio público se mostrarem manifestamente omissos ou impossibilitados de atuar (o que põe em risco o funcionamento da instituição pública). Nessas ou em outras situações especiais semelhantes, em que o interesse superior esteja devidamente justificado é que se

poderá considerar legítimas a atuação do Ministério Público e a utilização da ação civil pública para o exercício da pretensão à tutela jurisdicional.”

Destarte, o Órgão do Ministério Público em situações excepcionais e extraordinárias se encontra legitimado, desde que dentro do prazo estabelecido pela lei, para exercitar o seu direito de ação.

Decorrido o prazo estabelecido na lei, não há como se justificar a manutenção da legitimação excepcional do Órgão do Ministério Público.

As disposições contidas no artigo 12 da Lei n. 8.429/92 estabelecem a imposição de várias espécies de sanções. Desse modo, existem previsões de condenações que determinam a obrigatoriedade do dever de pagar certa quantia a título de ressarcimento ou de multa cível, e há provimentos tipicamente constitutivos, como é o caso da perda da função pública, da suspensão dos direitos políticos, da proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios.

Operando-se o decurso do prazo prescricional, em relação ao direito que se funda a ação de improbidade administrativa, extingue-se a legitimidade ativa do ente de direito público lesado, bem como a legitimidade extraordinária do Órgão do Ministério Público, em decorrência da estabilização da situação de fato, em face da inércia dos legitimados que não promoveram as medidas cabíveis no prazo legal, em prol da segurança jurídica.

Contudo, não havendo ressarcimento ao erário público, em decorrência da lesão sofrida pela prática de ato ilícito, compete à pessoa jurídica de direito público que sofreu o prejuízo financeiro ingressar em Juízo com a devida ação de ressarcimento, em face da extinção da legitimidade *ad causam* do Órgão do Ministério Público, que deixou transcorrer *in albis* o prazo legal para exercitar o seu direito de propor a respectiva ação (decadência), em face de a imprescritibilidade do ressarcimento direcionar-se para o ente público que sofreu a lesão.

Isso porque, mesmo sendo imprescritível, em tese, o direito de ressarcimento ao erário, não se pode deixar de observar que a não propositura da competente ação pelo Órgão do Ministério Público no prazo legal (art. 23, da Lei n. 8.429/92) opera a decadência, não havendo como suspender ou interromper o prazo extintivo da legitimidade extraordinária do representante do *parquet* federal ou estadual em ingressar com a referida ação[201].

Por outro lado, apesar do entendimento dos legisladores, doutrinadores e jurisprudencial no sentido de que é imprescritível o direito material em que se funda a ação de ressarcimento ao erário em decorrência de eventual prática de ato ilícito por parte de agente público (art. 37, § 5º, da CF), o representante do *parquet* não possui legitimidade ativa para investigar a referida infração e ingressar com a respectiva ação, pois somente o ente público lesado é que está legitimado para ajuizar a competente ação de ressarcimento em face do prejuízo que lhe foi causado.

A pessoa jurídica de direito público terá, privativamente, o direito de ingressar em juízo postulando o ressarcimento, consistente no pagamento ou na reversão de bens, conforme o caso, tendo em vista o prejuízo sofrido (dano) com a prática do fato ilícito pelo agente público (art. 18, da Lei n. 8.429/92).

A competência do Órgão do Ministério Público, por intermédio de seus representantes, é *extraordinária*, e deverá ser exercida no prazo legal, pois, após o decurso do referido prazo, não mais poderão promover medidas judiciais, cabendo ao ente de direito público lesado, através da via própria, que não será a ação de improbidade administrativa, ingressar em Juízo com o pedido de ressarcimento pelos danos sofridos.

Muito embora o direito de os representantes do Órgão do Ministério Público de investigarem e ingressarem em Juízo com ações seja considerado um direito público subjetivo autônomo e abstrato, incumbindo-lhes, de igual forma, a defesa e proteção da ordem jurídica, entre outras, sendo que a Lei estabelece as condições necessárias ao exercício do referido direito, como forma de evitar a prática de abusos e violações de disposições contidas nos textos legais, *v.g.*, a propositura de ações genéricas ou inúteis, nas quais o pedido, desde seu início, já está contaminado pela insubsistência. Como consequência do aduzido, operando-se a consumação da prescrição, ocorre o impedimento absoluto do prosseguimento do inquérito civil público, e apesar de a Lei n. 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública, não estabelecer expressamente em seu texto nenhum dispositivo sobre o instituto da prescrição, aplica-se analogicamente a regra constante do Decreto n. 20.910/32, ou, de igual forma, por guardar estrita similitude com a ação popular a Lei n. 4.177/65, que dispõe em seu artigo 21 o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para o ingresso da referida ação.

Corroborando o afirmado, enfatiza a Desembargadora Letícia Sardas, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em suas oportunas,

brilhantes e bem lançadas colocações, *verbis*[202]:

> "O brilhante advogado Mauro Roberto Gomes de Mattos, em sua obra intitulada *O Limite da Improbidade Administrativa*, publicada pela Editora América Jurídica, 3a edição, 2006, na qual comenta os artigos da Lei n. 8.429/92, exaure com brilhantismo as questões atinentes à prescrição quinquenal para o agente público ao comentar o art. 23 da referida norma. Relata aquele advogado, op. cit., p. 800, que, após o julgamento do RESP n. 136.204-RS pelo STJ, no âmbito federal foi promulgada a Lei n. 9.784/99 que teria pacificado em seu art. 54, o contido no Decreto 20.910/32 e no art. 22, I, da Lei 8.429/92, tendo em vista que fixa em 5 (cinco) anos o direito de a Administração anular seus atos, contados da data em que foram praticados. A propósito, é bom ressaltar que no âmbito estadual temos a Lei n. 3.870/02 que também fixou o prazo de cinco anos para a Administração anular os seus atos. No que pertine ao prazo prescricional das ações contra a Administração Pública, aplica-se o disposto no art. 1º do Decreto n. 20.910/32 que estabelece: 'Art. 1º – As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.' E vice-versa, por força da aplicação do princípio da igualdade, norma contida no *caput* do art. 5º da CRFB/88, a consumação do lapso prescricional é endereçada tanto ao ente público como também para o administrado. Portanto, dúvidas não existem quanto à prescrição quinquenal do ato administrativo, devendo a Administração Pública, no lapso prescricional, respeitar as situações consolidadas pelo transcurso dos anos, sendo plenamente aplicável às ações de improbidade administrativa o disposto no inciso I do art. 23 da Lei 8.429/92. Desta forma, verifica-se que as ações de improbidade administrativa, segundo o inciso I do art. 23, só podem ser exercidas até cinco anos após o término do exercício de mandato."

De consequência, ocorrendo o decurso do prazo legal, não há como ter prosseguimento a investigação que está sendo levada a efeito através do inquérito civil público.

10.18. Aposentadoria dos servidores públicos

No curso dos anos a Constituição Federal vem sendo emendada para tentar constantemente sanar os problemas financeiros da Previdência Social, sendo afirmado pelos integrantes dos mais altos escalões da República que a Previdência Social no Brasil é uma instituição deficitária financeiramente, apesar de gerir um dos maiores orçamentos do país. Esse insucesso é atribuído à falta de planejamento dos governantes passados, que ao se depararem com um estoque jovem de contribuintes não se preocuparam em proteger o sistema contra futuros *déficits* atuariais. Todavia, esse incompetente e deficiente planejamento não poderá ser debitado para quem não deu azo às gestões financeiras inábeis e simplesmente figura na relação jurídica como segurado. Em sendo assim, o Poder Executivo vem no curso dos anos modificando as normas previdenciárias com o objetivo de tornar o sistema de previdência mais atrativo atuarialmente, incluindo em seu contexto as aposentadorias dos servidores públicos.

A redação originária do artigo 40 da CF era explícita em garantir a aposentadoria do servidor nas seguintes situações jurídicas:

> "O servidor será aposentado: I – por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos; II – compulsoriamente, aos 70 anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço; III – voluntariamente: *a)* aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais; *b)* aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco anos, se professora, com proventos integrais; *c)* aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo; *d)* aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço."

A redação embrionária do artigo 40 da CF, como visto, era a da aposentadoria por tempo de serviço, por invalidez e a compulsória, vinculada a uma regra de paridade entre os proventos dos servidores públicos com os vencimentos recebidos no cargo ativo (art. 40, § 4º, da CF).

Bastava ao servidor público adquirir o tempo de serviço mínimo, que ele teria o direito a se aposentar com fundamento na regra predeterminada da

CF, recebendo proventos da aposentadoria com base no cargo efetivo de igual nomenclatura, como se não houvesse a interrupção na carreira. Dessa forma, reposicionamento, gratificação, aumento de estipêndios e qualquer outra vantagem, pela regra então vigente, em 5.10.1988, prevista na redação embrionária do artigo 40, § 4º, da CF, eram extensivos ao servidor aposentado, revogando a disposição contida no artigo 102 da CF de 1969, impeditiva de que o aposentado recebesse proventos maiores na inatividade do que receberia se estivesse em atividade. Essa paridade do inativo com o servidor ativo foi resultado de muito sacrifício, vez que o servidor inativo havia se transformado em um pária da sociedade, sendo tratado com total desrespeito em relação a sua dignidade humana e a atividade pública que exercera em prol da coletividade, por inúmeros e inúmeros lustros, pois os anos corroíam os seus proventos sem que houvesse uma justa recomposição. Diante dessa situação ilegal, a Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988, dispôs no § 4º do artigo 40 modificações na situação acima aduzida, como uma justa reparação aos servidores aposentados, em relação aos seus estipêndios, que até então sofriam reajustes e evoluções descompassados com os servidores em atividade.

Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, houve substancial alteração da redação original do artigo 40 da CF, deixando a aposentadoria de ser por tempo de serviço para se tornar em um regime de previdência de caráter contributivo, devendo ser "(...) observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo".

Pela regra da EC n. 20/1998, a aposentadoria dos servidores públicos passou a ter caráter contributivo, observando-se critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, com a participação do ente público, responsável por aportes financeiros.

Sobre o aduzido, Odete Medauar[203] se posiciona da seguinte forma:

> "O regime de caráter contributivo é aquele em que há contribuição direta do servidor para que este tenha direito à aposentadoria. Além disso, há também o aporte de recursos do respectivo ente estatal. Com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento dos proventos de aposentadoria e pensões concedidas aos respectivos servidores e dependentes, em adição aos recursos dos respectivos tesouros, a União, os Estados, o Distrito

Federal e os Municípios poderão construir fundos integrados pelos recursos provenientes de contribuições e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, mediante lei, que disporá sobre a natureza e administração desse fundo (art. 249 das Disposições Constitucionais Gerais, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 20/98.).” –[parênteses no original]–

Por essa regra constitucional, foram incluídos os membros do Poder Judiciário, do Órgão do Ministério Público e dos Tribunais de Contas no regime geral de previdência social, além dos servidores públicos titulares de cargos efetivos da administração direta e indireta da União Federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com as seguintes características:

- por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificados em lei;
- compulsoriamente, aos 70 (setenta) anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição do servidor;
- voluntariamente, desde que cumprido o tempo mínimo de 10 (dez) anos de efetiva prestação de serviços ao ente público e 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, alterando a regra para o homem e a mulher. Se homem, ele terá que ter a idade mínima de 60 (sessenta) anos e 35 (trinta e cinco) anos de contribuição. Se mulher, 55 (cinquenta e cinco) anos de idade e 30 (trinta) anos de contribuição. Já com proventos proporcionais a regra que vigia era a seguinte: 65 (sessenta e cinco) anos de idade se homem, e 60 (sessenta) anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

Por intermédio do texto da EC n. 20/1998, ocorreu a extinção da aposentadoria voluntária exclusivamente por tempo de serviço, passando a vigorar as regras do regime contributivo de previdência.

Também, pelo citado dispositivo (EC n. 20/1998), o artigo 4º determinava que: “(...) o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será

contado como tempo de contribuição.”

Apesar de reformulado o artigo 40, § 2º, com a redação que lhe deu a EC n. 20/1998, manteve-se a revisão dos proventos de aposentadoria, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificasse a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo e função em que se deu a aposentadoria.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 41/2003, denominada reforma da previdência, foi implementada a terceira alteração da disposição contida no artigo 40 da CF desde a sua promulgação em 5 de outubro de 1988.

Dessa forma, assim restou a redação do artigo 40 da CF:

> “Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. § 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: I – por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei; II – compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição; III – voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.”

A EC n. 41/2003 determinou que os proventos de aposentadoria e as pensões, quando por ocasião de suas concessões, seguirão a regra das

remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência, com a devida atualização, na forma da Lei.

Em sendo assim, foi abolida a paridade dos aposentados com os servidores em atividade, visto que o critério novo é o contributivo, levando em conta os valores recolhidos ao regime previdenciário, com a respectiva atualização. Essa regra é aplicada para as novas aposentadorias a serem concedidas aos servidores que ingressarem no serviço público após a publicação da EC n. 41/2003, pois as antigas, resultado do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, seguem outra disposição legal, ou seja, continuam destinatárias de paridade com os servidores em atividade, sendo revistas na mesma proporção e na mesma data que se modificar a respectiva remuneração, dos funcionários ativos, estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, na forma do disposto no artigo 7º, da citada Emenda Constitucional:

> "Observado o disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, os proventos de aposentadoria dos servidores públicos titulares de cargo efetivo e as pensões dos seus dependentes pagos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em fruição na data de publicação desta Emenda, bem como os proventos de aposentadoria dos servidores e as pensões dos dependentes abrangidos pelo art. 3º desta Emenda, serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei."

O teto salarial e os subtetos estabelecidos para os servidores públicos, previstos no artigo 37, XI, da CF, e referidos pelo citado artigo 7º da EC n. 41/2003, são aplicáveis à aposentadoria e à pensão, segundo essa nova orientação constitucional.

O certo é que pela atual disposição constitucional, advinda da EC n. 41/2003, os proventos de aposentadoria não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-lhe como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no

Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos integrantes da carreira do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos (art. 37, XI, da CF).

Será contado o tempo de contribuição federal, estadual ou municipal para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para fins de disponibilidade, não podendo a Lei estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição ficta.

A regra previdenciária contida no regime geral de previdência social será aplicada subsidiariamente, no que couber, aos servidores públicos titulares de cargo efetivo.

Previu a EC n. 41/2003 regra específica, para os servidores públicos que já estivessem no exercício de serviço público até a data de sua publicação.

Foram elencados os seguintes requisitos cumulativos para o servidor público se aposentar com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei:

- se homem, 60 (sessenta) anos de idade, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher. Todavia, em se tratando de professor, que tenha o tempo exclusivamente do exercício das suas funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, a idade será reduzida em 5 (cinco) anos;
- 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem, e 30 (trinta) anos de contribuição, se mulher. Utilizada a redução do tempo de contribuição em 5 (cinco) anos, se for professor na situação elencada anteriormente (magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio);
- 20 (vinte) anos de efetivo exercício no serviço público;
- 10 (dez) anos de carreira e cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se objetiva a aposentadoria[204].

Por serem regidos pelas disposições do art. 7º da EC n. 41/2003, os

proventos de aposentadoria concedidos pelas regras declinadas no tópico exemplificativo anterior garantem aos proventos de aposentadoria concedidos pelas citadas condições a revisão na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade.

10.18.1. Regra de transição da aposentadoria voluntária – EC n. 41/2003

O artigo 2º da EC n. 41/2003 assegurou o direito à aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o artigo 40, §§ 3º e 17, da CF, nas seguintes situações:

> "Observado o disposto no art. 4º da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, é assegurado o direito de opção pela aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, §§ 3º e 17, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação daquela Emenda, quando o servidor, cumulativamente: I – tiver cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher; II – tiver cinco anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria; III – contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de: *a)* trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e *b)* um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data de publicação daquela Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea *a* deste inciso. § 1º O servidor de que trata este artigo que cumprir as exigências para aposentadoria na forma do *caput* terá os seus proventos de inatividade reduzidos para cada ano antecipado em relação aos limites de idade estabelecidos pelo art. 40, § 1º, III, *a*, e § 5º da Constituição Federal, na seguinte proporção: I – três inteiros e cinco décimos por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do *caput* até 31 de dezembro de 2005; II – cinco por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do *caput* a partir de 1º de janeiro de 2006. § 2º Aplica-se ao magistrado e ao membro do Ministério Público e de Tribunal de Contas o disposto neste artigo. § 3º Na aplicação do disposto no § 2º deste artigo, o magistrado ou o membro do Ministério Público ou de Tribunal de Contas,

se homem, terá o tempo de serviço exercido até a data de publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, contado com acréscimo de dezessete por cento, observado o disposto no § 1º deste artigo. § 4º O professor, servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que, até a data de publicação da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, tenha ingressado, regularmente, em cargo efetivo de magistério e que opte por aposentar-se na forma do disposto no *caput*, terá o tempo de serviço exercido até a publicação daquela Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício nas funções de magistério, observado o disposto no § 1º. § 5º O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no *caput*, e que opte por permanecer em atividade, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal."

Dessa forma, para ter direito à aposentadoria voluntária percebendo proventos calculados com fundamento no disposto pelo artigo 40, §§ 3º e 17, da CF, o servidor terá de preencher cumulativamente os seguintes requisitos:

- 53 (cinquenta e três) anos de idade, se homem, e 48 (quarenta e oito) anos de idade, se mulher;
- 5 (cinco) anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a inativação;
- tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de: *a)* 35 (trinta e cinco) anos, se homem, e 30 (trinta) anos, se mulher; e
- tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de: *a)* 35 (trinta e cinco) anos, se homem, e 30 (trinta) anos, se mulher; e *b)* um período adicional equivalente a 20% (vinte por cento) do tempo que, na data da publicação da EC n. 41/2003, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

Portanto, para poderem se aposentar foi estipulada a idade mínima de 53

(cinquenta e três) anos para o homem e 48 (quarenta e oito) anos para a mulher.

A atual regra de transição permite que haja alteração do *quantum* recebido nos proventos de aposentadoria do servidor público. Isso porque o artigo 2º da EC n. 41/2003 estipula que o servidor que se aposentar, pelas regras anteriores, terá o seu provento reduzido para cada ano antecipado em relação aos limites de idade estabelecidos na regra geral, ou seja, 60 (sessenta) anos para os homens e 55 (cinquenta e cinco) anos para as mulheres.

Na prática, é permitida, pela regra de transição, a aposentadoria para os servidores que tenham ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública, até 19 de dezembro de 2003, data da publicação da EC n. 41/2003; todavia, não se pode olvidar da regra anterior, com o pagamento de um pedágio, descontado do provento.

Essa redução é inconstitucional, pois a EC n. 41/2003 não pode alterar a situação jurídica de quem já era servidor público, criando redução nominal dos proventos, para cada ano antecipado em relação aos limites de idade estabelecidos pela nova regra geral. Mesmo tentando manter eficaz a regra do direito adquirido, a citada Emenda Constitucional viola a conquista do servidor quando desconta os anos não atingidos pela nova orientação geral. Essa manobra legislativa desrespeita, transgride o direito adquirido dos servidores públicos que pretendem valer-se das regras preestabelecidas quando dos seus ingressos no serviço público. A partir do momento em que os subsídios e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis (art. 37, XV, da CF), os proventos de aposentadoria seguem a mesma orientação legal e jurídica, sendo vedada a sua redução, salvo se por decisão judicial.

Portanto, conforme o acima exposto, entendemos que essa redução de vencimentos, que não estava prevista na regra de transição da EC n. 20/1998, é *inconstitucional*, por violação literal ao disposto no artigo 60, § 4º, IV, da CF.

Em abono ao que foi aduzido, o eminente Jurista Ives Gandra da Silva Martins[205] faz o seguinte comentário:

> “(...) o constituinte, ao pretender imutáveis determinadas cláusulas, normas, princípios ou ideologias, impõe sua inalterabilidade, não permitindo que os poderes constituídos, que poderão se tornar poderes

constituintes derivados, venham, quanto àquelas cláusulas, a exercer seu poder legiferante.”

Em relação à redução dos proventos de inatividade, conforme disposto no § 1º do artigo 2º da EC n. 41/2003, o servidor, de que trata esse artigo, que cumprir as exigências para aposentadoria na forma do *caput* terá os seus proventos de inatividade reduzidos para cada ano antecipado em relação aos limites de idade estabelecidos pelo artigo 40, § 1º, III, *a* e § 5º, da Constituição Federal, na seguinte proporção:

- o servidor que completar as exigências para aposentadoria na regra de transição até 31 de dezembro de 2005 terá uma redução de 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento);
- já os demais, que completarem as exigências para aposentadoria na regra de transição a partir de 1º de janeiro de 2006, sofrerão o desconto de 5% (cinco por cento).

Fica quase inviável a aposentadoria de quem resolver utilizar-se da regra de transição, tendo em vista que o servidor que aposentar-se com 54 (cinquenta e quatro) anos de idade, até 31 de dezembro de 2005, terá uma diminuição de seus futuros proventos na ordem de 21% (vinte e um por cento), utilizando-se o decréscimo de 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento), para cada ano (seis) em que antecipou a idade prevista pela regra geral (60 anos).

Dificultosa fica a outra situação, onde o aposentado após 1º de janeiro de 2006 sofrerá um decréscimo de 36% (trinta e seis por cento) de seus proventos de aposentadoria, pois ocorrerá redução de 5% (cinco por cento) para cada um dos 6 (seis) anos antecipados.

Essa regra de transição foi estabelecida para impedir o servidor de valer-se dos seus direitos adquiridos, pois reduz drasticamente o que era permitido, criando uma regra geral inibitória para a aposentação, em decorrência de que possui o efeito de reduzir os proventos. Tanto é assim que o servidor que preencher os requisitos para aposentadoria pela regra de transição e permanecer em atividade fará jus a um abono denominado permanência, equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para a aposentadoria compulsória.

A EC n. 41/2003, na hipótese de aposentadoria voluntária antecipada,

criou a fórmula do reajustamento dos benefícios em valores reais, para manter, em caráter permanente, o valor destes, sem decréscimos. Por valor real entendemos que deverá ser reposta à defasagem do custo de vida ou a inflacionária, pois do contrário não seria real e sim nominal a regra de reajustamento dos benefícios.

Sobre valor real faz-se necessário registrar com base na doutrina e em decisões jurisprudenciais o que vem estabelecido no artigo 7º, inciso IV, da CF, aplicando-se ao servidor público em submissão o disposto no artigo 39, § 3º, da CF.

Ao discorrer sobre a revisão estipendial feita em valores reais, com fundamento no que vem disposto no artigo 7º, IV, da CF, aplicado ao servidor público por determinação do artigo 39, § 3º, do mesmo Texto Maior, Sérgio D'Andréa[206] aduz:

> "A revisão é mecanismo de preservação do padrão remuneratório, no seu valor real, pois que a irredutibilidade não é, apenas, nominal, mas também real, o que se conclui, com facilidade, em decorrência do disposto nos mencionados artigos combinados com o do art. 7º, IV, que, ao dar os critérios norteadores do salário mínimo, impõe que os 'reajustes periódicos' respectivos 'lhe preservem o poder aquisitivo'. Destarte, o índice revisional tem de, para compensar a defasagem inflacionária, ser o que traduz a perda do poder aquisitivo da moeda (índice de preços ao consumidor – disponibilidade interna, divulgado pela Fundação Getulio Vargas)." [aspas e parênteses no original]

De igual forma, Adilson Abreu Dallari[207] não diverge do que foi aduzido: "Por 'revisão geral' deve ser entendido apenas o reajuste da perda do valor aquisitivo da moeda, que atinge a todos os servidores indistintamente." [aspas no original]

A irredutibilidade da aposentadoria é a fórmula que garante não apenas o valor nominal do provento, mas o seu valor em face da vida econômica (valor real).

A respeito do tema em questão, transcrevem-se as palavras do Ministro Marco Aurélio[208]: "Não consigo, Senhor Presidente, conciliar esse princípio da irredutibilidade com a noção de que ele se refere apenas ao valor nominal e não ao conteúdo representado pela própria remuneração, em face da vida econômica."

E, para finalizar, nada mais preciso do que citar os sempre autorizados posicionamentos do ínclito Ministro Moreira Alves[209]: “Essa, Sr. Presidente, é a tese que sempre tenho sustentado: o reajuste para os fins da Constituição é sempre o mesmo para o efeito de recomposição do valor econômico da moeda”.

O disposto no § 2º do artigo 2º da EC n. 41/2003 estendeu a regra de transição a Magistrados, Membros do Órgão do Ministério Público e de Tribunais de Contas.

Por sua vez, o § 3º do art. 2º da EC n. 41/2003 acresce ao Magistrado, Membros do Órgão do Ministério Público ou de Tribunal de Contas, se homem, 17% (dezessete por cento) do tempo de serviço exercido até a data de publicação da EC n. 20/1998, observado o disposto no § 1º desse artigo.

Alexandre de Moraes[210] justifica essa regra, da seguinte forma:

> “A razão dessa previsão constitucional está no fato de que, até a publicação da EC n. 20/98, independentemente do sexo, todos os magistrados, membros do Ministério Público e de Tribunais de Contas, aposentavam-se pelas mesmas regras especiais que exigiam 30 anos de serviços para aposentadoria. Com as alterações constitucionais, a aposentadoria dos magistrados, membros do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, passou a ser regida pelas regras gerais do art. 40 da Constituição Federal e pelas regras de transição, primeiro do art. 8º da EC n. 20/98 e, posteriormente, do art. 2º, § 3º, da EC n. 41/03, que diferenciam o servidor em razão do sexo. Dessa forma, a previsão de um acréscimo de 17% em relação ao tempo de serviço exercido até a publicação da EC n. 20/98 em relação aos magistrados, membros do Ministério Público e de Tribunais de Contas do sexo masculino, pretende, durante o período de transição manter a igualdade, de maneira a equilibrar as situações, independentemente do sexo.”

O professor, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangidas as Fundações e Autarquias, que até a data de publicação da EC n. 20, de 15 de dezembro de 1998, tenha ingressado no serviço público, poderá optar por aposentar-se na forma do disposto no *caput* do artigo 2º da EC n. 41/2003, e terá o tempo acrescido também de 17% (dezessete por cento), se homem, e de 20% (vinte por cento), se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício nas funções de

magistério, observada a regra redutória (pedágio) prevista no § 1º do mesmo artigo 2º da Emenda Constitucional n. 41/2003.

Regra de transição para qualquer servidor que preencher os requisitos previstos no artigo 2º da EC n. 41/2003 até 31 de dezembro de 2005:

IDADE HOMEM/MULHER	% A REDUZIR (3,5% a.a.)	% A RECEBER
53/48	24,5%	75,5%
54/49	21%	79%
55/50	17,5%	82,5%
56/51	14%	86%
57/52	10,5%	89,5%
58/53	7%	93%
59/54	3,5%	96,5%
60/55	0%	100%

Regra de transição para qualquer servidor que preencher os requisitos previstos no artigo 2º da EC n. 41/2003 a partir de 1º de janeiro de 2006:

IDADE HOMEM/MULHER	% A REDUZIR (5% a.a.)	% A RECEBER
53/48	35%	65%
54/49	30%	70%
55/50	25%	75%
56/51	20%	80%
57/52	15%	85%
58/53	10%	90%
59/54	5%	95%
60/55	0%	100%

Regra de transição para professores* que completarem os requisitos previstos no artigo 2º da EC n. 41/2003 até 31 de dezembro de 2005:

IDADE** HOMEM/MULHER	% A REDUZIR	% A RECEBER
53/48	7%	93%
54/49	3,5%	96,5%
55/50	0%	100%
* Para cálculo da aposentadoria dos professores, pela regra de transição não será aplicada a redução de idade e tempo de contribuição prevista no § 5º do artigo 40 da CF apenas o disposto no § 4º do artigo 2º da EC n. 41/2003. ** Para cálculo do redutor previsto no § 1º do artigo 2º da EC n. 41/2003 aplica-se a redução estabelecida no § 5º do artigo 40 da CF.		

Regra de transição para professores* que completarem os requisitos

previstos no artigo 2º da EC n. 41/2003 a partir de 1º de janeiro de 2006:

IDADE** HOMEM/MULHER	% A REDUZIR	% A RECEBER
53/48	10%	90%
54/49	5%	95%
55/50	0%	100%

* Para cálculo da aposentadoria dos professores, pela regra de transição não será aplicada a redução de idade e tempo de contribuição prevista no § 5º do artigo 40 da CF, apenas o disposto no § 4º do artigo 2º da EC n. 41/2003.
** Para cálculo do redutor previsto no § 1º do artigo 2º da EC n. 41/2003, aplica-se a redução estabelecida no § 5º do artigo 40 da CF.

10.18.2. Cálculo dos valores a serem pagos na aposentadoria

O § 2º do artigo 40 da CF, com redação dada pela EC n. 20/1998, foi mantido pela atual reforma da aposentadoria do servidor público, no qual é estabelecido que os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder à remuneração do respectivo servidor, no cargo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão.

Essa regra deve ser interpretada sistematicamente com o que vem estabelecido no artigo 7º da EC n. 41/2003, em decorrência de que os servidores públicos já aposentados, ou pensionistas, continuam sendo destinatários de paridade com os servidores em atividade, recebendo qualquer benefício que for destinado a eles. Desse modo, poderão na inatividade perceber mais do que em atividade, pois a regra de reajuste de seus proventos não está estagnada. É óbvio que tal regramento constitucional, previsto na EC n. 41/2003, visou a preservar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito das respectivas aposentadorias, pois a disposição contida no § 2º do artigo 40 da CF aplica-se às situações jurídicas novas, ou seja, para aqueles servidores que ingressarem no serviço público após a publicação da EC n. 41/2003.

Esse esclarecimento faz-se necessário, pois, se não for observada à risca essa situação, muitas lesões serão verificadas, com prejuízos inconstitucionais a aposentados e pensionistas.

Deixando de lado essa questão, é de sublinhar que, na fixação dos proventos dos aposentados, as regras de reajustes e atualização sofreram sérias alterações conforme o disposto na EC n. 41/2003, que estabeleceu hipóteses vinculadas às situações jurídicas distintas.

Nesse diapasão, podem-se destacar as situações, da seguinte forma:

- servidores (aposentados ou em atividade) que cumpriram os requisitos para se aposentar até a data da publicação da EC n. 41/2003. Essa situação trata-se daquela já declinada anteriormente, quando da análise do artigo 7º da respectiva Emenda Constitucional n. 41, onde o servidor possui intacta a regra de paridade estipendial entre o seu provento e os vencimentos dos seus pares em atividade no cargo em que se der a aposentadoria, com a revisão na mesma data e proporção, sempre que se modifique a remuneração do servidor em atividade, sendo estendidas quaisquer vantagens posteriores, sem que ocorra violação ao disposto no § 2º do artigo 40 da CF;
- servidores públicos que estão em atividade na data da publicação da EC n. 41/2003 e completaram os requisitos para se aposentarem anteriormente. É a hipótese de quem completou 20 (vinte) anos de efetivo serviço público, 10 (dez) anos de carreira e 5 (cinco) de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria, possuindo, portanto, o direito de manter a integralidade da paridade com o seu cargo em atividade, nas condições declinadas na situação anterior;
- servidores públicos em atividade na data da publicação da EC n. 41/2003 que não atingiram os requisitos novos exigidos. Para os servidores em atividade quando da alteração da regra de aposentadoria, é mantida a integralidade dos proventos, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor quando em atividade no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria, não lhe sendo assegurada a regra de paridade com os servidores ativos, o que significa dizer que os seus proventos não receberão o mesmo reajuste e nem será na mesma data que forem alterados os vencimentos dos servidores ativos. E para dificultar a situação dos servidores que

ingressaram no serviço público objetivando ter uma velhice amparada pela construção de um passado funcional, não será estendida para o inativo, na presente situação, nenhuma progressão funcional ou vantagem paga posteriormente à data da sua aposentação para o seu ex-paradigma ativo. O Constituinte derivado preservou apenas a manutenção do valor real do benefício, com reajustes que permitam esse tratamento estipendial. Por manutenção do valor real entendemos que a deterioração da moeda, tal como a inflação oficial, terá de ser calculada para mediar a perda do valor da aposentadoria, com a finalidade de incorporar nos futuros reajustes dos proventos do servidor público essa defasagem, ocasionada pela elevação do custo de vida. Na prática, somente o Poder Judiciário é que poderá resgatar a dignidade dos futuros aposentados, mantendo-lhes a integralidade dos benefícios, caso essa regra não seja cumprida;

- servidores públicos que ingressaram na Administração Pública em data posterior à da publicação da EC n. 41/2003. Essa situação jurídica é bem nova, não sendo mantida a integralidade dos proventos e nem a paridade com o cargo ativo em que se deu a aposentadoria. Os valores dos proventos de aposentadoria desses servidores serão calculados por ocasião da aludida concessão do benefício, levando-se em conta as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência, devidamente atualizados e respeitado o limite vigente para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social (art. 201, da CF) que atualmente corresponde a R$ 2.508,72 (valor de agosto/2004) para manter intacto esse padrão remuneratório, ele será atualizado, para preservar, em caráter permanente, seu valor real. Os proventos sofrerão uma suplementação, para que o servidor público possa viver condignamente. Nessa suplementação serão feitos cálculos atuariais, levando-se em conta o valor contribuído pelo servidor público, no curso dos anos. Assim ficou redigido o § 3º do artigo 40 da CF, com a redação que lhe deu a EC n. 41/2003: “Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei”.

Para as pensionistas o cálculo dos seus benefícios segue o que vem estipulado no § 7º do artigo 40 da CF, com redação dada pela EC n. 41/2003:

> "Lei disporá sobre concessão do benefício de pensão por morte, que será igual: I – ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso aposentado à data do óbito; ou II – ao valor da totalidade da remuneração do servidor em cargo efetivo que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso em atividade na data do óbito."

Como visto, a EC n. 41/2003 alterou a regra da pensão por morte do servidor, que no sistema anterior garantia à pensionista integralidade do valor recebido em virtude do cargo exercido pelo servidor público. Pela nova e atual sistemática, a EC n. 41/2003 estabeleceu teto para a concessão da integralidade do benefício de pensão por morte, que é o utilizado para limitar os benefícios do regime geral de previdência social, no importe de R$ 2.508,72 (agosto/2004). O teto, a partir de dezembro de 2003, é reajustado, com a finalidade de garantir o valor real da pensão, em caráter permanente, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social (art. 5º da EC n. 41/2003).

Voltamos, por outro lado, a insistir no fato do aumento real, que para preservar permanentemente o valor da pensão deverá receber o reajuste do custo de vida, medido pela inflação oficial, pois senão esse valor real será corroído mês a mês. Esse sistema, se não for observado à risca, trará muitas defasagens para as pensionistas, haja vista o que acontece com as aposentadorias recebidas pelos beneficiários da Previdência Oficial. Não querer ver a realidade configura-se uma grande omissão, pois inúmeras viúvas e dependentes irão sobreviver com o valor do teto, que não poderá ser deteriorado pela falta da preservação do valor real dos proventos.

O limite máximo de R$ 2.508,72 sofrerá um acréscimo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social da seguinte maneira:

- 70% (setenta por cento) da diferença entre o valor recebido pelo

servidor na data do óbito e o limite máximo fixado;

- 70% (setenta por cento) da diferença entre a remuneração recebida pelo servidor público por ocasião de seu vínculo ativo e o limite estipulado como máximo.

Dessa forma, a pensão do passado foi totalmente desnaturada, tendo em vista que o benefício da pensão por morte passou a ser composto por uma parcela fixa (R$ 2.508,72) e uma complementar (70% da diferença já declinada no item anterior).

Alexandre de Moraes[211] traz exemplo concreto sobre o que foi aduzido, tomando como base o valor do teto previdenciário de dezembro/2003 (R$ 2.400,00):

"Exemplificativamente, se a totalidade dos proventos do servidor aposentado correspondia a R$ 4.400,00 à data do óbito, o benefício da pensão por morte será calculado da seguinte forma: – parcela fixa: limite máximo de R$ 2.400,00 (devidamente corrigidos); – parcela complementar: 70% da diferença entre o valor da totalidade dos proventos do servidor falecido (R$ 4.400,00) e o limite máximo (R$ 2.400,00), ou seja, 70% de R$ 2.000,00 = R$ 1.400,00; – benefício da pensão = R$ 2.400,00 (parcela fixa) + R$ 1.400,00 (parcela complementar) = R$ 3.800,00." –[parênteses no original]–

O § 8º do artigo 40 da CF, também com redação dada pela EC n. 41/2003, assegura o reajuste dos benefícios, tanto de aposentadoria como de pensão, para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.

Importante deixar nítido que a regra prevista na EC n. 41/2003 só será aplicada aos novos casos, ou seja, não possui o condão de retroagir para alcançar as pensões ou aposentadorias anteriores à sua publicação.

Basta o servidor ou pensionista reunirem requisitos necessários para a obtenção desses benefícios, com base nos critérios anteriores, elencados pela legislação revogada, que eles não perdem o direito já adquirido[212].

O Ministro Carlos Velloso[213], em sede doutrinária, deixou assente: "É que as condições da aposentação – proventos e vantagens financeiras – são direitos que o servidor adquire com base na legislação vigente no momento em que tinha condições legais para requerer e exercitar o seu direito."

10.18.3. Principais mudanças na PEC paralela (Emenda Constitucional n. 47/2005)

A PEC paralela transformada na Emenda Constitucional n. 47/2005 trouxe inúmeras mudanças que serão analisadas.

Foi aumentado o teto da contribuição e benefício, que, em valores de julho de 2005, passou para R$ 2.668,15 (dois mil, seiscentos e sessenta e oito reais e quinze centavos).

É garantida a aposentadoria e paridade plena ao servidor que, tendo ingressado no serviço público até 31 de dezembro de 2003, e preencher os requisitos do artigo 6º da Emenda Constitucional n. 41/2003, quais sejam: 35 (trinta e cinco) ou 30 (trinta) anos de contribuição se homem, ou mulher 60 (sessenta) ou 55 (cinquenta e cinco) anos de idade; 20 (vinte) anos de serviço público, sendo 10 (dez) na carreira e 5 (cinco) no cargo. A EC n. 41/2003 já assegurava a integralidade dos proventos, mas não garantia a paridade.

Os atuais aposentados e pensionistas irão pagar contribuição e, no caso dos aposentados que vierem a falecer na vigência das novas regras, haverá redutor na pensão de seus dependentes.

Não perdem os seus direitos aqueles que em 31 de dezembro de 2003 já haviam reunido os requisitos para requerer aposentadoria proporcional e ainda não a solicitaram, na forma da Súmula 359/STF.

Todos os servidores que até 31 de dezembro de 2003 preencheram os requisitos exigidos pela EC n. 20/1998 ou vierem a preencher as exigências das novas Emendas Constitucionais n. 41/2003 e 47/2005 possuem o direito à integralidade da aposentadoria.

Os requisitos exigidos pela EC n. 20/1998 são: *a)* 53 (cinquenta e três) anos de idade, 35 (trinta e cinco) anos de contribuição acrescido de um pedágio de 20% (vinte por cento) e 5 (cinco) anos no cargo, se homem; *b)* 48 (quarenta e oito) anos de idade, 30 (trinta) anos de contribuição e 5 (cinco) anos no cargo, se mulher, e *c)* pedágio de 20% (vinte por cento) sobre o tempo que faltava para completar o tempo de contribuição em 16 de dezembro de 1998.

Já os requisitos estabelecidos pela EC n. 41/2003 são os seguintes: *a)* 60 (sessenta) anos de idade, 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, 20 (vinte) anos de serviço público, 10 (dez) anos na carreira e 5 (cinco) anos no cargo,

se homem, ou *b)* 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, 30 (trinta) anos de contribuição, 20 (vinte) anos de serviço público, 10 (dez) anos na carreira e 5 (cinco) anos no cargo, se mulher.

Já a EC n. 47/2005 garante a integralidade aos servidores beneficiados pela regra de transição que corresponde à soma de idade com o tempo de contribuição. Para cada ano de contribuição que o servidor acumular além do exigido [35 (trinta e cinco) anos para homem e 30 (trinta) anos para a mulher] poderá se abater ou reduzir 1 (um) ano na idade mínima [60 (sessenta) anos para homem e 50 (cinquenta) para a mulher].

A aposentadoria proporcional, ou seja, aquela que representava 5 (cinco) anos a menos em relação à integral foi extinta com a promulgação da EC n. 41/2003.

Só poderão se aposentar mais cedo, com o respectivo redutor, os servidores públicos que ingressaram no serviço público antes de 15 de dezembro de 1998 (EC n. 20/1998).

Sobre a paridade, após a promulgação da EC n. 47/2005, o Dr. Antônio Augusto de Queiroz, Diretor de Documentação do DIAP (Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar), no Boletim de julho/2005, esclarece:

> “7. Como fica a paridade? Com a promulgação da EC/47 (PEC Paralela) possibilita a paridade para todos os servidores que ingressaram no serviço público até sua promulgação (05/07/2005), em duas hipóteses: I) Quando, cumulativamente, atenderem às exigências da EC 41/03; *a)* 35 anos de contribuição, se homem, e 30 anos, se mulher; *b)* 20 anos de efetivo exercício no serviço público; *c)* dez anos de carreira e cinco no cargo e *d)* idade mínima respectivamente de 60 anos, homem e 55 mulher. Os requisitos de idade e tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos quando o servidor for professor do ensino médio, fundamental e infantil. II) Quando, no termo da EC 47/05, com menos de 60 anos de idade, se homem, ou menos de 55, se mulher, cumprirem, cumulativamente, os seguintes requisitos: *a)* mais de 35 anos de contribuição, se mulher; *b)* 25 anos de efetivo exercício no serviço público, 15 na carreira e cinco no cargo. Neste caso, cada ano que exceder no tempo de contribuição, o servidor poderá reduzir um ano na idade mínima. Assim, aos tribunais e juízes, no julgamento de ações contra quebra de paridade, juridicamente não teriam outra decisão a tomar senão

determinar o cumprimento do Texto Constitucional, reiterado nas emendas constitucionais 41 e 47, que garante a paridade plena. Além disto, quase todos os ministros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a cobrança de inativos, entre outros argumentos, enfatizaram o fato de que a cobrança era devida, a partir do valor que excedesse ao teto do INSS, em função da existência da paridade entre servidores ativos e inativos. Como a Constituição exige equilíbrio financeiro e atuarial, e que a existência de paridade impede o cumprimento desse mandamento constitucional, já que poderia haver aumentos de proventos em razão de transformação, reclassificação ou vantagens asseguradas aos servidores em atividade, a contribuição deveria ser paga, em caráter solidário, como forma de cobrir essa lacuna no funcionamento da Previdência do serviço público. Ou seja, só seria cobrada contribuição dos inativos e dos pensionistas porque eles têm direito à paridade. Logo, no julgamento de quebra de paridade o Supremo declara inconstitucional a quebra de paridade ou revoga a cobrança de contribuição." –[parênteses no original]–

A seguir, o aludido Parecerista analisa os reajustes das aposentadorias e pensões segundo as novas regras:

"8. Como ficarão os reajustes das aposentadorias e pensões dos servidores que estarão sujeitos às novas regras? Com a promulgação da EC n. 47/05 (PEC Paralela) há duas hipóteses em que os futuros aposentados e pensionistas terão direito à paridade plena com os servidores em atividade. A primeira hipótese aplica-se ao servidor homem que, tendo ingressado no serviço público até 31 de dezembro de 2003, completar 60 anos de idade, 35 anos de contribuição, 20 anos de serviço público, 10 na carreira e cinco no cargo ou à mulher que tiver 55 anos de idade, 30 de contribuição, 20 na carreira e cinco no cargo. Os requisitos de idade e tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos quando o servidor for professor do ensino médio, fundamental e infantil. A segunda hipótese aplica-se aos servidores que, tendo ingressado no serviço público até 31 de dezembro de 2003, comprovarem: *a)* mais de 35 anos de contribuição, se homem, e mais de 30 anos, se mulher; *b)* 25 anos de efetivo exercício no serviço público, e *c)* idade mínima inferior a 60 anos, no caso de homem, e 55, no caso da mulher, compensando o tempo de contribuição a mais com a idade mínima, razão de 1 por 1. Ou seja, para cada ano que

ultrapassar o tempo de contribuição, reduz um na idade mínima. A este servidor aplica-se a regra de transição, que permite a troca do tempo de serviço que exceda aos 35, no caso de homem, ou 30, no caso de mulher, por redução na idade mínima. Assim, um servidor com 40 anos de contribuição, cinco a mais do que o tempo exigido, poderá abater esses cinco na idade mínima, podendo se aposentar aos 55 anos (com paridade e integralidade), desde que comprove pelo menos 25 anos de serviço público. Nos casos dos servidores que anteciparam sua aposentadoria, com redutor, foram aposentados proporcionalmente por idade ou compulsoriamente e aos que não tenham como comprovar os 20 ou 25 anos de serviço público farão jus ao 'reajustamento dos benefícios para preservar-lhe, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei'. Segundo a Lei nº 10.887/04, o reajuste dos proventos desses servidores será na mesma data do reajuste dos aposentados e pensionistas do INSS, em 1º de maio, mas não diz que será assegurado o mesmo índice. Portanto, não há nenhuma garantia de que será o mesmo índice e critério aplicado ao INSS." –[aspas e parênteses no original]–

As parcelas indenizatórias estão fora do cômputo para o teto remuneratório, a teor do disposto no inciso XI do artigo 37 da CF, com a nova redação que lhe deu a EC n. 47/2005.

A aposentadoria compulsória para os professores de instituição pública de grau superior passa de 70 (setenta) para 75 (setenta e cinco) anos de idade.

Pela EC n. 47/2005, o aposentado ou pensionista que for portador de doença incapacitante definida em Lei contribuirá somente sobre a parcela que exceda a 2 (duas) vezes o teto do INSS (parcela excedente a R$ 5.336,30 – cinco mil, trezentos e trinta e seis reais e trinta centavos).

A regra de transição da EC n. 47/2005, para cada ano que exceda o tempo mínimo de contribuição [35 (trinta e cinco) anos, homem e 30 (trinta) anos, mulher], o servidor terá direito a reduzir 1 (um) ano na idade mínima [60 (sessenta) anos, homem e 55 (cinquenta e cinco), mulher] para fins de integralidade e paridade plena, desde que conte com pelo menos 25 (vinte e cinco) anos de serviço público. Dessa forma, sem prejuízo da opção pela aposentadoria antecipada, com redutor – a contar da idade de 48 (quarenta e oito) anos para mulher e de 53 (cinquenta e três) anos para homem – o servidor poderá chegar à regra de paridade e integralidade plena antes de 60

(sessenta) anos ou 55 (cinquenta e cinco) anos, respectivamente, de idade.

1 Advogado especializado em Direito Administrativo. Vice-Presidente do Instituto Ibero-Americano de Direito Público (Capítulo Brasileiro) – IADP. Membro da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social. Membro da IFA – International Fiscal Association. Conselheiro efetivo da Sociedade Latino-Americana de Direito do Traballho e Seguridade Social. Cocoordenador da *Revista Ibero-Americana de Direito Público – RIADP* (órgão de divulgação oficial do IADP). Autor dos livros *Lei n. 8.112/90 Interpretada e Comentada*, 4. ed., América Jurídica, 2800; *Tratado de Direito Administrativo Disciplinar*, América Jurídica, 2008; *O Limite da Improbidade Administrativa* – O direito dos administrados dentro da Lei n. 8.429/92, 4. ed., Impetus, 2009; *O Contrato Administrativo*, 2. ed., América Jurídica, 2002; *Licitação e seus Princípios na Jurisprudência*, Lumen Juris, 1999; *Compêndio de Direito Administrativo* – Servidor público, Forense, 1998, entre outros.

2 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 782.

3 Cf. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 111.

4 NIGRO, Mario. Transformazioni dell' Amministrazione e Tutela Giurisdizionale Differenziata. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milão, n. 1. p. 22, março de 1980.

5 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca*, cit., p. 100.

6 Cf. BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional*: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 52.

7 "Esta precisão dos contornos da liberdade administrativa discricionária, uma vez submetida a função administrativa à lei e ao direito, impunha-se-nos, pois, aqui, dada a carga simbólica da formulação, utilizada no contexto daquele acórdão, escolher livremente entre soluções... (...) ainda por cima, consideradas indiferentemente admissíveis. Por outro lado, e como já indicamos acima, a compreensão, hoje, de um moderno e exigente princípio de juridicidade da actuação administrativa faz-nos salientar, também, que todo o exercício de discricionariedade é condicionado pela aplicação dos princípios jurídicos gerais da actividade administrativa, com dignidade legal e constitucional, máxime, pelos princípios da imparcialidade e da proporcionalidade." (PORTOCARRERO, M. Francisca. Notas sobre Variações em Matéria de Discricionariedade. A Propósito de Algumas Novidades Terminológicas e da Importância de Construções Dogmáticas pelas nossas Doutrina e Jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo. In: VAZ, Manuel Alonso; LOPES, J. A. Azeredo (Coords.). *Juris Et de Jure* – Nos Vinte Anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Porto: Universidade Católica Potuguesa, 1988. p. 652).

8 MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. 14. ed. São Paulo: Manole, 2006. p. 21-22.

9 MOREIRA, Vital. A Constituição Administrativa Portuguesa. In: *Ab Uno ad Omnes*: 75 anos da Coimbra Editora. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 1.141.

10 MOREIRA, Vital. A Constituição, cit., p. 1.142.
11 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 84.
12 DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 11. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2006. p. 143.
13 DROMI, Roberto. *Derecho*, cit.
14 BOUBOUTT, Ould*. L'apport du Conseil Constitucionnel ou Droit Administratif*. Paris: Econômica, 1987. p. 26.
15 HÄBERLE, Peter. Verfassungs prinzipien in Verwaltungsverfahrengesetz. In: SCHMITT, Glaeser. *Verwaltungsverfahren* – Festschrififuer 50. Jaehrigen Bestehen der Richard Boordherg Ver Lag. Stuttgard: Boorbeg, 1977. p. 51.
16 BACHOF, Otto. *Die Dogmatik des Werwaltungsrechts vor den Gegenwartasaufgaben der Verwaltung. Veroeffentlichungen der Vereinigund der Deutschenstoatsrechtslehrer*. Walter de Gryter. Berlin, n. 30. p. 205, 1972.
17 BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. T. 3, p. 5-6.
18 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 86.
19 DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999. p. 213.
20 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 84.
21 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991. p. 479.
22 LARENZ, Karl. *Metodologia*, cit.
23 Cf. PÉREZ, Jesús González. *El Principio General de La Buena Fe en El Derecho Administrativo*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1989. p. 59.
24 BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. ed. Brasília: UnB, 1995. p. 256.
25 CAMPOS, German Bidart. *La Interpretación y el Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 1988. p. 234.
26 CIOTOLA, Marcello. Princípios Gerais de Direito e Princípios Constitucionais. In: PEIXINHO, Manoel Messias (Coord.) et al. *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 29.
27 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 61.
28 Cf. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Coord.). *A Nova Interpretação, cit.,* p. 2.
29 BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação, cit.,* p. 9.
30 BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação, cit.,* p. 35.
31 ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 180.
32 OTERO, Paulo. Fundamentação da Constituição. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CAMPOS, Diogo Leite (Orgs.). *O Direito Contemporâneo em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 7-8.
33 BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação, cit.,* p. 44.
34 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. p. 45.
35 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Direito e os Direitos* – Elementos para uma crítica do direito contemporâneo. São Paulo: Acadêmica, 1988. p. 149.
36 SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional*: Construindo uma nova dogmática

jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, Editor, 1999. p. 25.

37 SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem*, cit., p. 59.

38 Cf. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, Editor, 1998. p. 239.

39 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Coord.). *A Nova Interpretação*, cit., p. 120.

40 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 22.

41 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24.

42 LERCHER, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bindug des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäigkeit und der Erforderlichkeit*. 2. ed. Keip Verlag: Goldbach, 1999. p. 61-62.

43 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional* (e de teoria do direito). São Paulo: Acadêmica, 1988. p. 41.

44 FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 76.

45 BARBOSA, Joaquim. O Poder de Polícia e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Francesa. *ADV- Advocacia Dinâmica*, Rio de Janeiro, p. 17-20, dez. 1996.

46 Cf. BARBOSA, Joaquim. O Poder, cit., p. 17.

47 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1984. p. 269.

48 “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (Art. 1°., parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil).

49 TÁCITO, Caio. O princípio de legalidade: ponto e contraponto. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba 2*: Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 145.

50 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 40.

51 TÁCITO, Caio. A inexistência dos motivos nos atos administrativos. In: *RDA* 36:78, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, abril-junho de 1954.

52 STJ. Rel. Min. Luiz Fux, RMS n. 16697/RS, 1ª T., *DJ* de 2 maio 2005. p. 153.

53 “Embargos de Divergência em Recurso Especial – Aplicação da Teoria do Fato Consumado em Concurso Público – Possibilidade – Precedentes – Prevalência e relevância dos Princípios da Dignidade da pessoa humana, da Boa-Fé e da Segurança jurídica sobre o Princípio da Legalidade Estrita – Embargos acolhidos. 1. A aplicação da ‘teoria do fato consumado’, em concurso público, é possível, uma vez que corresponde à convalidação de uma situação de fato ilegal, que se perdurou ao longo do tempo, dada a relevância e a preponderância dos princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé e da segurança jurídica, sobre o próprio princípio da legalidade estrita. Precedentes. 2. Urge se conceber o princípio da primazia da norma mais favorável ao cidadão, juntamente com a ‘teoria do fato consumado’, quando o jurisdicionado, de boa-fé, permanece no cargo, ao longo de vários anos, dada a demora da prestação jurisdicional e a inércia da Administração. Efetividade à garantia prevista no art. 5°, inciso LXXVIII, CR/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004. 3. Embargos de divergência acolhidos” (STJ. Rel. Min. Paulo Medina, REsp n° 446077/DF, 3ª S., *DJ* de 28 jun. 2006. p. 224). –[aspas no original]–

54 BINENBOJM, Gustavo. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de

Janeiro: Renovar, 2008. p. 12.

55 BINENBOJM, Gustavo. *Temas, cit.,* p. 13.

56 MORAES, Alexandre de. *Constituição*, cit., p. 795.

57 SICHES, Luís Recaséns. *Filosofia del Derecho*. 17. ed. México: Editorial Porrúa, 2003. p. 216.

58 PÉREZ, Jesús González. *El Principio General de la Buena-Fe en el Derecho Administrativo*. 2. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1989. p. 41- 42.

59 BRANDÃO, Antônio José. Moralidade Administrativa. In: *RDA* 25, Rio de Janeiro. p. 459, julho – setembro de 1951.

60 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal* – Comentários à Lei 9.784, de 29/1/1999. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 56.

61 BARBOZA, Márcia Noll. *O Princípio da Moralidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 141.

62 Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 69.

63 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso*, cit., p. 54.

64 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 96.

65 Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1990. p. 81: “Com o mesmo raciocínio, Diogo de Figueiredo Moreira Neto também entende que a impessoalidade se confunde com a finalidade.”

66 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 12.

67 “Cualquier omisión en la parte, motiva de lo providencia administrativa a alguno de estes elementos, hace de ésta un acto insuficiente motivado, por lo tanto susceptible de ser sometido a control gobernativo o jurisdicional” (SANTOFIMIO, Jaime Orlando. *Acto Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994. p. 330).

68 Com muita propriedade Tomás Rámon Fernandez afirma que a motivação da decisão administrativa tem como finalidade diferenciar o ato discricionário do arbítrio, porque se não há motivação que o sustente, “el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adapta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margem, por principio, para el poder puramente personal.” Mais à frente o citado doutrinador espanhol, com lastro em dois precedentes da Corte Constitucional espanhola, aduz: “La motivación, por outra parte, es, como ha dicho la Sentencia Constitucional de 17 de junio de 1981, ‘no sólo una elemental cortesia, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de derechos’, una garantía elemental de derecho de defesa, incluida en el haz de facultades que comprende el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, a obtener una resolución fundada en Derecho (Sentencia Constitucional de 11 de julio de 1983).” –[aspas no original]– (FERNANDEZ, Tomás Rámon. *De la Arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Editorial Civitas, 1994. p. 82).

69 TELLES, Antonio A. Queiroz. *Introdução ao Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1995. p. 41.

70 Posicionando-se do mesmo modo com o que foi aduzido, Renata Porto Adripora, ao concluir sua brilhante contribuição no trabalho organizado pela professora Lúcia Valle Figueiredo, afirmou que “os termos impessoalidade e imparcialidade se assemelham, tanto pelo contexto em que estão situados nas respectivas Cartas Magnas, como pelo conteúdo semântico que explicitam, reforçando a ideia de que há influência do ordenamento jurídico europeu na introdução do princípio da impessoalidade contido na Constituição Federal Brasileira” (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Princípios Informadores do Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Ndj, 1997. p. 36).

71 Cf. RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O Princípio da Imparcialidade da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1996. p. 65.

72 DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação*: Para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório. Coimbra: Almedina, 1996. p. 454.

73 José dos Santos Carvalho Filho aduz que: "Só com transparência dessa conduta é que poderão os indivíduos aquilatar legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual*, cit., p. 13).

74 "Público é o ato ou fato de que todos tenham ciência. É a medida que a Administração divulga, a todos dando ciência" (CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, t. IV. p. 2.146).

75 Cf. FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Princípios da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Edipro, 1995. p. 92.

76 Art. 151, inciso I, da Lei n. 8.112/90.

77 Art. 161, § 1°, da Lei n. 8.112/90.

78 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito*, cit., p. 83.

79 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito*, cit., p. 82 -[nota de rodapé]-.

80 O Art. 129, do Decreto-Lei n. 200/67, que estipulava a obrigatoriedade da publicidade dos atos decisórios praticados na licitação, foi revogado pelo Decreto-Lei n. 2.300, de 21.11.86, sendo que atualmente está vigorando sobre a matéria o disposto na Lei n. 8.666, de 21.06.93.

81 Cf. SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988* – Aspectos Fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 365.

82 Art. 5°, XXXIII, da CF: "Todos têm 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".

83 TJ/SP. Rel. Des. Dirceu de Mello, MS n. 18043/SP, Sessão Plenária, julgado em 12 maio 1993. In: JTJ/SP-LEX - 148. p. 241.

84 "O processo disciplinar corre em segredo de justiça. Terceiros não podem tomar conhecimento da fundamentação, das provas e circunstâncias. Diferente, porém, quando se trata do interessado. O sigilo não o alcança. Direito público subjetivo ao conhecimento e respectivas certidões, constantes do processo administrativo ou de outros assentamentos" (RSTJ 8/502).

85 STJ. Rel. Min. Ilmar Galvão, MS n. 334/RJ, 2ª T., julgado em 5 jun. 1991. In: RDA 184/144, São Paulo. p. 144-176, abril-junho de 1991.

86 Em nome do princípio da publicidade o STJ anulou a homologação de concurso público pela exiguidade de prazo estabelecido para a realização de uma das provas, ficando assim ementado o aresto: "Constitucional. Administrativo. Concurso público com procedimento eivado de irregularidades. Declaração de nulidade de alguns atos do concurso. Possibilidade. O princípio da moralidade foi alçado, pelo constituinte, a categoria de princípio proeminente, regedor de toda a atividade na Administração Pública. É lícito a Administração, tendo em vista a conveniência e o interesse público, alterar, a qualquer tempo, unilateralmente, as regras estabelecidas para uma das fases do concurso público, sem qualquer ofensa ao direito (adquirido) dos candidatos. A irregularidade na publicidade dos atos de concurso público, a ponto de prejudicar, tendo em vista a exiguidade de prazo estabelecido para realização de uma das provas, o grande número de candidatos inscritos, justifica a anulação de uma das fases do certame, visando a manter o primado da moralidade nas atividades dos órgãos da Administração. Recurso a que se nega provimento. Decisão unânime" (STJ. Rel. Min. Demócrito

Reinaldo, ROMS n. 1.128/91, 1ª T., *DJ* de 29 mar. 1993. p. 5.217).

87 O Art. 105, “b”, da Constituição Espanhola reconheceu aos cidadãos o direito de acesso a arquivos e registros administrativos, ressalvando os casos que afetem a segurança do Estado e a intimidade das pessoas.

88 “Na Espanha, a Lei n. 30/92, de 26 de novembro, dispõe em seu art. 58. que: – Se notificarán a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses, en los términos previstos en el artículo siguiente. 2. Toda notificación deberá ser ceusada en el plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expressión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin prejuico del que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier outro que estimen procedente.”

89 RIVERO, Jean. *Direito Administrativo* (Droit Administratif). Tradução de: Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 112.

90 RIVERO, Jean. *Direito*, cit., p. 113.

91 FIORINI, Bartolomé A. *Derecho Administrativo*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997. t. II, p. 433.

92 A Constituição da Província de Formosa, no seu art. 7º estabelece: “Todos os habitantes de la provincia gozan del derecho al libre acceso a fuentes de información”.

93 FIORINI, Bartolomé A. *Derecho*, cit., p. 434.

94 Cf. RIVERO, Jean. *Direito*, cit., p. 112.

95 Cf. CAUPERS, João. *Direito Administrativo*. 2. ed. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1996. p.144. O referido mestre, citando a Lei n. 65/93, de 26 de agosto, sobre acesso aos documentos da Administração, aduz: “Com a Lei n. 65/93, de 26 de agosto (acesso aos documentos da Administração), este meio processual foi alargado aos pedidos de prestação de informações dirigidos à Administração Pública – cfr. artigo 17 (redação modificada pelo artigo 1º da Lei n. 8/95, de 29 de março). Contudo, este alargamento foi acompanhado por uma alteração de natureza no meio processual, aqui configurado como um recurso – logo, um meio processual principal – muito embora regido pelas regras aplicáveis ao pedido de intimação para a consulta de documentos ou passagem de certidões. Trata-se de um recurso de plena jurisdição – e não de mera anulação – uma vez que o tribunal pode determinar à Administração Pública que faculte o acesso aos documentos”.

96 Apud OSÓRIO, Manuel. *Dicionário de Ciências Jurídicas Políticas y Sociales*. 22. ed. Buenos Aires: Meliasta, 1995. p. 109.

97 JÈZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949. t. II, p. 4.

98 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso*, cit., p. 423.

99 Cf. LAUBADÈRE, André de. *Traité de Droit Administratif*. 6. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1978. p. 578.

100 O Art. 29, inciso I, da Lei n. 8.987/95, textualmente estipula que incumbe ao poder concedente, entre outras medidas: “I – regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação”.

101 Cf. inciso VII, do artigo 29, da Lei n. 8.987/95.

102 Expressamente o inciso II, do artigo 9º, da Lei n. 1.481, de 21 de julho de 1989, do Estado do Rio de Janeiro, prevê que a concessionária atenda às recomendações do concedente, para a melhoria do serviço.

103 O TRF-2ª Região já teve a oportunidade de invalidar demissões feitas sem a observância da cláusula *during good behavior*: “Trabalhista e Administrativo – Anulação

de ato de dispensa, sem justa causa, de servidor celetista, concursado, da ECT. Reintegração. Incidência do direito administrativo nas relações de emprego. O concursado tem situação jurídica subjetivada com conteúdo de direito adquirido, em razão da habilitação que obtém, não sendo dispensável *ad nutum*. Prevalência da cláusula enquanto bem servir (*During good behavior*) (...)" - [itálico e parênteses no original]- (Rel. Des. Sérgio D'Andréa Ferreira, RO nº 89.02.03422-4/RJ, 2ª T., Unanimidade, *DJ* de 6 set. 1990).

104 "A racionalização apela para critérios de rendibilidade (produtividade), aparecendo também às vezes como sinônimo da eficiência *stricto sensu*." –[itálico e parênteses no original] – (LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O Procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 128).

105 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Licitação e seus Princípios na Jurisprudência.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 126.

106 Cf. CARDOSO, Fernando Henrique *et al.* No prefácio da obra *Direito da Parceria e a Nova Lei de Concessão.* São Paulo: RT, 1996. p. 7.

107 Cf. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso, cit.,* 8. ed., p. 280.

108 Art. 37, XXI, da CF: "– ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

109 Art. 37, § 6º, da CF: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

110 Cf. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Malheiros, 1996. p. 155.

111 TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 571.

112 O servidor público é a pessoa legalmente investida em cargo público. –[Nota do Autor]–

113 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 534.

114 "Quanto à quitação com as obrigações eleitorais, esta se caracteriza com o cumprimento do alistamento eleitoral e o voto, que são obrigatórios para os maiores de dezoito anos" (MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Servidor Público na Atualidade*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 51.)

115 MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Servidor*, cit., p. 51.

116 Fere, portanto, a legalidade o Edital que deixa de divulgar os critérios objetivos que seriam utilizados para a seleção do candidato: STF – "1. Recurso extraordinário: descabimento: alegada violação do artigo 37, I, da Constituição Federal não examinada pelo acórdão recorrido e nem objeto de embargos de declaração: incidência das Súmulas 282 e 356. 2. Concurso público: ilegitimidade do exame psicotécnico, com base em critérios subjetivos, sem um grau mínimo de objetividade, por não permitir o acesso ao Poder Judiciário para a verificação de eventual lesão a direito individual pelo uso desses critérios (CF, artigos 5º, XXXV, e 37, *caput* e incisos I e II)." (STF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, AI n. 265933 AgR/BA, 1ª T., *DJ* de 4 fev. 2005, p. 9). No mesmo sentido: STF – "Recurso. Extraordinário. 1. Inadmissibilidade. Servidor público. Concurso público. Exame psicotécnico. Avaliação baseada em critérios subjetivos. Ilegalidade reconhecida. Ofensa aos arts. 5º, XXXV, e 37, *caput* e incs. I e II, da CF. Agravo regimental não provido. A

avaliação do candidato, em exame psicotécnico, com base em critérios subjetivos, sem um grau mínimo de objetividade, ou em critérios não revelados, é ilegítimo por não permitir o acesso ao Poder Judiciário para a verificação de eventual lesão de direito individual pelo uso desses critérios. 2. Recurso. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Argumentação velha. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2°, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado" (STF. Rel. Min. Cesar Peluso, AI n° 457944 AgR/DF, 1ª T., *DJ* de 15 out. 2004, p. 7).

117 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Contrato Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 106.

118 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Contrato, cit.,* p. 166-167.

119 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 283.

120 Exatamente enaltecendo o valor fundamental da segurança jurídica e o do acesso à Justiça, o STF prestigia a fluição da prescrição e da preclusão administrativa: STF – "É sabido que dois valores se fazem presentes: o primeiro, alusivo à Justiça, a direcionar a possibilidade de ter-se o implemento a qualquer instante; já o segundo está ligado à segurança jurídica, a estabilidade das relações e, portanto, à própria paz social que deve ser restabelecida num menor tempo possível. Não é crível que se admita encerrar a ordem jurídica, verdadeira espada de Dâmocles a desabar sobre a cabeça do servidor a qualquer momento" (STF. Voto condutor do Min. Marco Aurélio, RMS n. 23436/DF, 1ª T., *DJ* de 15 out. 1999. p. 28).

121 FERREIRA, Sérgio D'Andréa. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. v. 3, p. 148.

122 FERREIRA FILHO, Manoel Caetano*. A Preclusão no Direito Processual Civil*. Curitiba: Juruá, 1991. p. 12.

123 FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A Preclusão, cit.,* p. 15.

124 STJ. Rel. Min. Pedro Acioli, Ag. n. 48117-4/SP, 6ª T., *DJ* de 13 jun. 1994. p. 15.128.

125 MODESTO, Paulo. O Estágio Probatório: Questões Controversas. In: *Revista Diálogo Jurídico*, CAJ, n. 12, p. 5-6, março de 2002.

126 RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O Servidor Público nas Reformas Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 147 e ss.

127 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito*, cit., 27. ed. p. 418-419.

128 MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Servidor*, cit., 3. ed. p. 477.

129 Se o servidor avaliado já possuía, antes do novo concurso público, outra situação na Administração Pública Federal, o seu ex-cargo só será extinto se ele lograr êxito na aludida avaliação, ao final do estágio probatório, caso contrário poderá requerer a sua recondução: STF – "Constitucional. Administrativo. Servidor público estável. Estágio probatório. Lei n. 8.112, de 1990. Art. 20, § 2°. I. Policial Rodoviário Federal, aprovado em concurso público, estável, que presta novo concurso e, aprovado, é nomeado Escrivão da Polícia Federal. Durante o estágio probatório neste último cargo, requer sua recondução ao cargo anterior. Possibilidade, na forma do disposto no art. 20, § 2°, da Lei n. 8.112/90. É que, enquanto não confirmado no estágio do novo cargo, não estará extinta a situação anterior. II. Precedentes do STF: MS n. 22.933-DF, Min. O. Gallotti, Plenário, 26.6.1998, *DJ* de 13.11.1998. III. Mandado de Segurança Deferido" (STF. Rel. Min. Carlos Velloso, MS n. 23.577/DF, Pleno, *DJ* de 14 jun. 2002. p. 128).

130 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos*. São Paulo: RT, 1987. p. 17.

131 MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Servidor*, cit., p. 37.

132 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual*, cit., 9. ed. p. 482.

133 Mesmo sendo determinado pela Constituição Federal, a perda do cargo após sentença transitada em julgado, em respeito à independência das instâncias administrativa e judicial, o STF decidiu: "A ausência de decisão judicial com trânsito em julgado não torna nulo o ato demissório aplicado com base em processo administrativo em que foi assegurada ampla defesa, pois a aplicação da pena disciplinar ou administrativa independe da conclusão dos processos civil e penal, eventualmente instaurados em razão dos mesmos fatos. Interpretação dos arts. 125 da Lei n. 8.112/90 e 20 da Lei n. 8.429/92 em face do art. 41, § 1°, da Constituição Federal" (STF. Rel. Min. Maurício Corrêa, MS n. 22.362-6/PR, Pleno, *DJ* de 18 jun. 1999. p. 3).

134 MORAES, Alexandre de. *Constituição*, cit., p. 844-845.

135 STF. Rel. Min. Néri da Silveira, Pleno, ADInMC n. 1.981/DF, decisão de 29 abr. 1999, *Informativo STF* n. 147.

136 CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993. p. 285.

137 As decisões judiciais não se estendem administrativamente para a categoria funcional representada pelo ente sindical/associativo que não tenha ingressado em juízo para reivindicar os seus direitos, como previsto no Parecer n. CS-80, da Consultoria Geral da República, assim ementado: "Reclamação Trabalhista. Sindicato, substituição processual. Impossibilidade de extensão administrativa dos benefícios auferidos em juízo. I. Efeitos de sentença judicial não podem, ordinariamente, beneficiar terceiros alheios à demanda. II. Sindicato que atua em juízo como substituto processual só favorece, com o êxito da ação, aqueles arrolados como seus associados, e não a categoria como um todo. III. Impossibilidade de extensão administrativa, promovida por reitor de universidade, do teor da decisão judicial a servidores não sindicalizados" (Parecer n. CS-80, da Consultoria Geral da República, Consultor Célio Silva, Processo n. 00002-001423/91-83, de 14 maio 1991).

138 Mandado de segurança coletivo e a desnecessidade de autorização expressa para o Sindicato – legitimação extraordinária – substituto processual: STF – "Recurso ordinário. Inadmissibilidade. Sindicato. Mandado de segurança coletivo. Substituto processual. Legitimidade extraordinária. Ofensa ao art. 5°, XXXI e LXX, *b*, da CF. Inexistência. Agravo regimental não provido. Precedentes. Na segurança coletiva, o sindicato tem legitimação extraordinária, atuando como substituto processual, sem necessidade de autorização expressa" (STF. Rel. Min. Cezar Peluso, RE n. 348.973 AgR/DF, *DJ* de 28 maio 2004. p. 38).

139 STF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RMS n° 21.758/DF, 1ª T., *DJU* de 4 nov. 1994.

140 Cf. STJ. Rel. Min. Edson Vidigal, AC n. 199700558266, EDROMS n. 8811/RS, 5ª T., *DJ* de 20 mar. 2000. p. 81 e; Rel. Min. Anselmo Santiago, RMS n. 5865/MG, 6ª T., *DJ* de 7 dez. 1998. p. 112.

141 A reserva de vagas para portadores de deficiência em concurso público, estabelecida também no artigo 37, VIII, da CF, é prestigiada pelo STF: STF – "Administrativo. Concurso Público. Reserva de vagas para portadores de deficiência. Artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal. A exigência constitucional de reserva de vagas para portadores de deficiência em concurso público se impõe ainda que o percentual legalmente previsto seja inferior a um, hipótese em que a fração deve ser arredondada. Entendimento que garante a eficácia do artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal, que, caso contrário, restaria violado. Recurso extraordinário conhecido e provido" (STF. Rel. Min. Ilmar Galvão, RE n. 227299-1/MG, Pleno, *DJ* de 6 out. 2000, *Ementário* n. 2007-4).

142 "Art. 3° Para os efeitos deste Decreto, considera-se: I – deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere a

incapacidade para o desempenho, dentro do padrão considerado normal para o ser humano."

143 STJ. Rel. Min. Felix Fischer, RMS n. 19.291/PA, 5ª T., *DJ* de 3 abr. 2006. p. 372.

144 BIELSA, Rafael. *Estudios de Derecho Público: Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1954. v. III, p. 16.

145 Aprofundar na ADIN n. 2.061-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, decisão: 25 abr. 2001. *Informativo STF* n. 225.

146 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito*, cit., 27. ed. p. 449-450.

147 "A palavra vencimento ou remuneração empregada no singular diz respeito ao nível legal do estipêndio do funcionário ou seja ao seu padrão de referência. Mas, utilizada no plural corresponde a esse *quantum* acrescido das outras vantagens patrimoniais que lhe são atribuídas, que envolvem os seus acessórios." – [itálico no original] – (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. II, p. 416).

148 BONNARD, Roger. *Manuel Élémentaire de Droit Administrative*. Paris: L.G.D.J. p. 152.

149 KLEM, Rodrigo Lima. *Revisão Remuneratória Anual dos Servidores Públicos*. Correta interpretação do art. 37, X, CF/88. Jus Navigandi, Teresina. ano 10, n. 964, 22 fev. 2006. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8009>. Acesso em 21 mar. 2006.

150 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 456.

151 RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O Servidor*, cit., 2. ed. p. 45.

152 MORAES, Alexandre de. *Constituição*, cit., p. 867.

153 MORAES, Alexandre de. *Constituição*, cit.

154 Nesse sentido, transcreve-se o seguinte julgado: "Vencimentos. Irredutibilidade. Alcance. A irredutibilidade de vencimentos, prevista na Constituição Federal – arts. 7º, inciso VI, 37, inciso X, e 39, § 2º, implica a manutenção do poder aquisitivo do valor satisfeito, estando, assim, ligado ao quantitativo real e não, simplesmente, nominal. Vencimentos – Reajuste – Despesa com pessoal – não serve ao afastamento de preceito mediante o qual Estado-membro disciplina a revisão dos vencimentos dos respectivos servidores" (STF. Rel. Min. Marco Aurélio, RE n. 193.285-6/RJ, 2ª T., *DJ* de 17 abr. 1998, p. 17).

155 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Compêndio de Direito Administrativo* – Servidor Público. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 310.

156 "A lei nova, Lei n. 7.730, de 31.1.1999, viola, também, o princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos dos servidores consagrado no art. 37, XV, da Lei Maior. É que o vencimento do servidor, em dezembro de 1988 e janeiro de 1989, estava fixado por lei, com a recomposição salarial, suprimida a partir de fevereiro de 89, sem a dita recomposição salarial, houve inegavelmente, redução de vencimentos" (STF. Voto do Min. Carlos Velloso, ADIn n. 694/DF, Pleno, *DJ* de 11 mar. 1994).

157 FERREIRA, Sérgio D'Andrea. *Comentários*, cit., p. 167.

158 DALLARI, Adilson Abreu. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 58.

159 RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O Servidor Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 156.

160 STF. Voto proferido na ADIn n. 646-1/RJ, Pleno, *DJ* de 18 jun. 1993.

161 STF. ADIn n. 646-1/RJ. Id.

162 STF. Rel. Min. Celso de Mello, ADIn-MC n. 1.396-3/SC, Pleno, *DJ* de 2 fev. 1996, apud MORAES, Alexandre de. *Constituição*, cit., p. 869.

163 STF. Rel. p/acórdão Min. Maurício Corrêa, RE n. 218.994/SP, Pleno, decisão de 1º jun.

1999, *Informativo STF*, n. 151; STJ. Rel. Min. Gomes de Barros, Ms n. 1454-0/DF, 1ª S., *Ementário* do STJ nº 6/109.

164 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualizado por: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 729.

165 COUTURE, Eduardo J. *Vocabulário Jurídico*. 3. ed. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2004. p. 404.

166 STF. RE nº 298.694-SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* de 23 abr. 2004; ADI nº 2.075-MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, *DJU* de 27 jun. 2003; RE nº 226.462-SC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* de 25 maio 2001; RE nº 236.239-PR, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJU* de 31 mar. 2000; RE nº 194.317-PR, 1ª Turma, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJU* de 8 set. 2000.

167 RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O Servidor*, cit., 2. ed. p. 46.

168 A vedação ao efeito repicão a que alude o artigo 37, XIV, da CF é aquela que impede que uma mesma vantagem seja repetidamente computada sobre as demais vantagens: STF – “Contagem sucessiva de parcelas de remuneração, ou seja, influência recíproca de uma sobre as outras, de sorte que seja a mesma gratificação incorporada ao estipêndio do servidor, para vir a integrar, em subsequente operação, a sua própria base de cálculo. Sistema incompatível com o disposto no art. 37, XIV, da Constituição Federal, por isso contrariado pelo acórdão recorrido” (STF. Rel. Min. Octávio Gallotti, RE n. 130.960-1/SP, 1ª T., *DJ* de 8 mar. 1996. p. 4.217).

169 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 421.

170 STF. Rel. Min. Nelson Jobim, Ag. Reg. AI n. 407.529-8/SP, 2ª T., *DJ* de 19 dez. 2002. p. 114.

171 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Lei n. 8.112/90 Interpretada e Comentada*: Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2008. p. 135 e ss.

172 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 382.

173 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 198.

174 Proibição à acumulação de proventos com vencimentos quando envolvidos cargos inacumuláveis na atividade: STF – “Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Complementar n. 53, de 30.8.1990. Estatuto dos policiais militares do Estado do Mato Grosso do Sul. Art. 91, inc. VI e § 2º, Reserva remunerada e exercício de cargo público que não o magistério. Art. 37, XVI, da Constituição Federal. Os dispositivos impugnados, pelo simples fato de possibilitarem ao policial militar. Agente público. O acúmulo remunerado deste cargo (ainda que transferido para a reserva) com outro que não seja o de professor, afrontam visivelmente o art. 37, XVI, da Constituição. Impossibilidade de acumulação de proventos com vencimentos quando envolvidos cargos inacumuláveis na atividade. Precedentes: RE n. 163.204, Rel. Min. Maurício Corrêa. Este entendimento foi revigorado com a inserção do § 10, no art. 37, pela EC n. 20/98, que trouxe para o texto constitucional a vedação à acumulação retromencionada. Vale destacar que esta mesma Emenda, em seu art. 11, excetuou da referida proibição os membros do Poder e os inativos, servidores e militares, que, até a publicação da Emenda, tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, ou pelas demais formas previstas pela Constituição Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade que se julga procedente para, ressalvadas as hipóteses previstas na forma transitória do art. 11, da EC n. 20, de 15.12.1998, declarar a inconstitucionalidade do inc. VI e do § 2º, do art. 91, da Lei Complementar nº 53, de 30.8.1990, do Estado do

Mato Grosso do Sul" (STF. Rel. Min. Ellen Gracie, ADI nº 1.541/MS, Pleno, DJU de 04 out. 2002). No mesmo sentido: STF – "Agravo regimental em recurso extraordinário. Constitucional. Administrativo. Acumulação de proventos com vencimentos. Cargos acumuláveis na atividade. Matéria controvertida. Reexame. Impossibilidade. Superveniência da EC n. 20/98. Inaplicabilidade à espécie. 1. A acumulação de proventos com vencimentos somente é possível quando se tratar de cargos acumuláveis na atividade. Precedente. 2. Controvérsia acerca da natureza jurídica do novo cargo a ser exercido pelo servidor inativado. Impossibilidade da questão a ser reapreciada nesta instância extraordinária. Súmula nº 279/STF. 3. Superveniência da EC nº 20/98. Inaplicabilidade à espécie, porquanto a agravante não tomou posse no cargo pretendido. A ressalva contida na norma constitucional somente alcança aqueles que tenham ingressado novamente no serviço público por concurso de provas ou de provas e títulos e pelas demais formas nela previstas. Agravo regimental não provido" (STF. Rel. Min. Maurício Corrêa, AgRg-RE n. 245.200-9/SP, Unânime, *DJU* de 2 mar. 2001).

175 *DO* de 17 ago. 1991. Seção I, p. 14124.

176 A norma legal só gera consequência jurídica quando ela é clara e precisa, ou é conectada com outro comando legal a fim de ter eficácia. Em decorrência de tal assertiva, Fábio Konder Comparato esclareceu: "A lei em branco, muito ao contrário, apresenta-se como norma de conteúdo incompleto, e cujo aperfeiçoamento só é alcançado mediante reenvio a outro diploma normativo, já existente ou a ser futuramente editado" (COMPARATO, Fábio Konder. Lei Penal em Branco: Inconstitucionalidade de sua Integração por Norma de Nível Infralegal – Os Crimes de Perigo são Crimes de Resultado. In: *Direito Público, Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 269).

177 STF. Rel. Min. Celso de Mello, Ext. n. 633/CH, Pleno, *DJ* de 6 abr. 2001. p. 67.

178 STF. Rel. Min. Celso de Mello. Id.

179 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Tratado de Direito Administrativo Disciplinar*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2008. p. 290.

180 MORAES, Alexandre de. *Constituição*, cit., p. 2610.

181 MARTINS, Ives Gandra da Silva. Aspectos procedimentais do instituto jurídico do *impeachment* e conformação da figura da improbidade administrativa. *RT* 685/286.

182 PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa* – Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 30-40.

183 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, apud *Moraes,* Alexandre de. *Constituição*, cit., p. 2610.

184 LAMARCA, Antônio, apud *Três,* Celso Antônio. A atuação do Ministério Público contra a improbidade administrativa: probidade no combate à improbidade. In: *Improbidade Administrativa* – 10 anos da Lei n. 8.429/92. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2002. p. 78.

185 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 675.

186 MORAES, Alexandre de. *Constituição*, cit., p. 2611.

187 STJ. Rel. Min. Garcia Vieira, REsp n. 213.994-0/MG, 1ª T., *DO* de 27 set. 1999.

188 "Ação Civil Pública. Ex-Prefeito. Procuração outorgada ao Vice-Prefeito. Ausência de Má-fé do Administrador. Não configuração de Improbidade Administrativa. O ato que, embora ilegal, não foi praticado pelo Chefe do Executivo Municipal com desonestidade, imoralidade ou, em detrimento do erário público, mas, sim, em virtude de inabilidade do administrador, não gera punição com base na Lei n. 8.429/92, principalmente se inexistem danos à Administração" (TJ/MG. Rel. Des. Silas Vieira, Ap. Cível n. 1.025.04.911289-4/001, 8ª CC, *DJ* de 1º set. 2005).

189 STJ. Rel. Min. Laurita Vaz, REsp n. 269683/SC, 2ª T., *DJ* de 3 nov. 2004. p. 168.

190 Cf. TRF- 5ª Região. Rel. Juiz Fed. Conv. p/acórdão Edilson Nobre, n. 2004.85.01.000674-4, Pleno, julgado em 16 fev. 2005.

191 “Este princípio vigora também na contratação pública, pois se o ato nasceu de forma defeituosa, mas é contemplado pela lei, a fundamentação equivocada ou a falta de formalidade, que não contribuam para o prejuízo financeiro do erário, se consolida através da convalidação do ato nulo e encontra o caminho necessário para a manutenção da proeminência do interesse público” (MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Contrato Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 627).

192 STF. Rel. Min. Moreira Alves, MS n. 22.050, Pleno, julgado em 4 maio1995. In: *RDA* 203/145.

193 STJ. Rel. Min. Peçanha Martins, MS n. 1.113/DF (991.0014548-3), 1ª Seção, *DJ* de 18 maio 1992.

194 STJ. Rel. Min. Milton Luiz Pereira, RMS n. 3.920, 1ª T., *BLC* n. 12. p. 627.

195 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Contrato*, cit., p. 628.

196 OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade Administrativa*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1995. p. 271.

197 “Processual Civil. Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Tipo legal incluído entre os que causam prejuízo ao erário público (...).” (TJ/PR. Rel. Des. Ulysses Lopes, Ag. n. 0093017400, 1ª CC, julgado em 26 jun. 2001. In: *Fórum Administrativo – Direito Público*, Belo Horizonte. n. 16, p. 853, junho de 2002).

198 “(...) 4. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o *status* de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador. 5. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido (...)” (STJ. Rel. Min. Luiz Fux, REsp n. 807551/MG, 1ª T., *DJ* de 5 nov. 2007. p. 226).

199 GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação de Improbidade Administrativa. Decadência e Prescrição. In: *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, ano VII, n. 33, p. 69. 2005.

200 STJ. Rel. Min. Teori Albino Zavascki, REsp n. 246698/MG, 1ª T., *DJ* de 18 abr. 2005. p. 213.

201 Nesse sentido, posiciona-se Ada Pellegrini Grinover: “(...) quanto ao ressarcimento ao erário, porque, conforme amplamente demonstrado, a Constituição Federal não pode ser interpretada no sentido de consagrar, nesse caso, a imprescritibilidade. Quanto menos, também na linha do quanto fundamentado, é de se entender que o decurso do prazo previsto pelo art. 23, da Lei n. 8.429/92 há que acarretar a extinção da legitimação extraordinária de que é investido o Ministério Público para a propositura da ação de responsabilidade por improbidade administrativa” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação, cit., p. 89).

202 TJ/RJ. Rel. Des. Letícia Sardas, AI n. 2007.002.08310, 20ª CC, julgado em 17 out. 2007.

203 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 335.

204 Cf. MORAES, Alexandre de. *Constituição*, cit., 4. ed. p. 995.

205 MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Constituição Federal* – 15 anos – Mutação e Evolução. São Paulo: Método, 2003. p. 182-183.

206 D’ANDRÉA, Sérgio. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*. 2. ed. São Paulo: RT. p. 58.

207 DALLARI, Adilson Abreu. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. v. 3, p. 167.

208 STF. Voto proferido na ADIn nº 646-1-RS, *DJU* de 18 jun. 1993.

209 STF. Id.
210 MORAES, Alexandre de. *Constituição*, cit., p. 959.
211 MORAES, Alexandre de. *Constituição*, cit., p. 965.
212 Não perde o servidor os direitos adquiridos pelo fato de não ter requerido a concessão do benefício: STF – “Se, na vigência da lei anterior, o funcionário havia preenchido todos os requisitos para a aposentadoria, não perde os direitos adquiridos pelo fato de não haver solicitado a concessão” (STF. Rel. Min. Luis Gallotti, MS n. 11.395, Pleno, *RDA* 82:186).
213 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Temas de Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 440.

Direitos Políticos. O Partido Político, Canal de Comunicação entre Governantes e Governados

Cláudio Lembo[1]

Monica Herman Caggiano[2]

SUMÁRIO

1. Nota introdutória. **2.** Dos direitos políticos. **2.1.** Evolução no constitucionalismo brasileiro. **2.2.** Tratamento na Constituição brasileira de 1988. **3.** O cenário da competição pelo poder. **3.1.** Atores. Princípios de regência. Elementos de desvio ou deformadores: Os fenômenos da verticalização e a cota para vereadores. **3.2.** Os partidos políticos. Estado de partidos. Fidelidade partidária. **4.** Participação política por via direta. Mecanismos. **4.1.** Plebiscito. Referendo. Iniciativa popular.

1. Nota introdutória

Já foi assinalado em trabalhos anteriores que o ser humano, compelido a viver em sociedade, sujeito ao complexo sistema de inter-relações que esta supõe, assume naturalmente o *status* de *"homem político"*, figura a que alude Robert Dahl[3], que o define como um ser que desenvolve sistemas políticos.

Em relação a este ser, dotado de "*zoon politikon*", no perspicaz registro de Hanna Arendt[4], que posicionava a ideia de liberdade como a "*raison d'être*" da política, é que *a esta mesma ideia de liberdade, necessariamente, deve se alinhar a de participação política*. De reduzido valor, sob esta particular ótica, a mera garantia de inanição do Estado, reservando-se ao homem uma esfera de autonomia reclamada pela doutrina liberal. Viabilizar *a ingerência dos que integram a comunidade social na produção das decisões políticas fundamentais* é que consagra, efetivamente, a prevalência da liberdade. *Os direitos políticos*, a conformar a medula dorsal da *cidadania*, passam a

identificar um dos mais sensíveis segmentos do panorama dos direitos fundamentais.

De sua parte, o ingresso no século XXI, sob o impacto de uma série de inovadores conceitos, coloca em estado de ebulição o mundo filosófico, jurídico e político. Novas ideias, nova terminologia, enfim um cenário que passa a abrigar a figura da "desconstrução", do "logocentrismo", o "neoconstitucionalismo" etc. Um panorama em que o pragmatismo anuncia o fim das ideologias, da história e da utopia. E, neste ambiente, emerge o debate sobre a relativização ou, até mesmo, o fim dos direitos fundamentais, discutido com maestria por Costas Douzinas, que adverte: "o fim dos direitos chega quando eles perdem o seu fim utópico"[5].

Os direitos fundamentais representam uma das mais nobres instituições encampadas pelo constitucionalismo, que os alberga como um de seus mais proeminentes elementos. E a doutrina que vem sendo construída em seu entorno continua configurando, talvez, o mais relevante dos segmentos da teoria constitucional, certamente aquele que maior preocupação e esforço requer para a sua permanente atualização e o atingimento de elevados níveis de eficácia. É neste nicho e na perspectiva de que o vetor utópico irá fortalecer a busca permanente de aprimoramento quanto a instrumentos a assegurar a defesa dos direitos fundamentais e, de modo destacado, *do direito de participação dos indivíduos no polo decisional que o presente estudo foi elaborado*, buscando pela lente constitucional oferecer um quadro do atual estágio em território doméstico, brasileiro.

2. Dos direitos políticos

2.1. Evolução no constitucionalismo brasileiro

Examinar o *bloco dos direitos políticos* conduz o analista, desde logo, a reconhecer a possibilidade de *uma dual consideração do indivíduo – como ser humano, na sua individualidade, e como integrante de uma comunidade social*. Daí, inclusive, a confusão terminológica entre as ideias de *direitos civis* e *direitos políticos*.

Jorge Miranda lembra que, para tanto, contribuiu a tradição anglo-saxônica, onde predomina a expressão "*Civil Rights*". Com respaldo na Constituição portuguesa, ressalta inocorrer motivo para esta diferenciação.

Ambas as categorias vêm tratadas no Título II, da Parte I, do referido texto. Aos direitos civis, *direitos, liberdades e garantias pessoais*, é dedicado o Capítulo I, e o Capítulo II cuida dos *Direitos, liberdades e garantias de participação política*.

Na ótica de Rodrigo Borja, contudo, é clara a *distinção entre os denominados direitos civis e os políticos*. Conquanto ambas as categorias apresentem a inicialidade, em termos temporais, a primeira é atinente à pessoa humana – ao ser humano como ser humano. "São (*direitos*) concedidos a todos os indivíduos – sem distinção de raça, idade, sexo, idioma, religião, opinião política, origem nacional, posição econômica ou qualquer outra condição – pelo só fato de pertencer ao gênero humano". "Os direitos políticos – aduz o enciclopedista – *pertencem às pessoas enquanto membros ativos do Estado, isto é, enquanto cidadãos*"[6]. (grifo nosso)

A história constitucional brasileira revela clara inclusão da espécie *direitos políticos* na primeira das Constituições, a imperial de 1824, que posicionou a matéria em lugar privilegiado, logo em seu início (Título 2º-, arts. 6º- a 8º-). O Brasil tornara-se independente e seus nativos, agora cidadãos, desejavam o registro expresso deste acontecimento em suas personalidades individuais. A Constituição de 1824 atendeu a este anseio. Pimenta Bueno, a respeito, sentenciava:

> *[...] o artigo 6º- da Constituição não tem caráter constitucional e sim de lei ordinária, que pode ser alterada independente dos trâmites constitucionais, [...] com efeito, determinar a qualidade nacional ou estrangeira não só pertence à lei civil ou ordinária, mas nada tem de caráter político [...] se a Constituição incluiu os artigos 6º- e 7º- em si foi só e visivelmente por dependência de matéria [...]*[7].

A *nacionalidade* constituía-se em condição prévia para o exercício dos *direitos políticos* (artigo 91 e seguintes da Constituição) e estes, no dizer do mesmo Pimenta Bueno, eram: a) o direito de voto ativo nas eleições primárias e de ser eleitor; b) o direito de ser membro do Poder Legislativo geral ou provincial; c) o direito de ter exercício no Poder Moderador, Executivo ou Administrativo; d) o direito de ser membro do poder judicial; e) o direito de liberdade de imprensa, de petição ou reclamação constitucional; f) o direito político de reforma da Constituição[8]. Mais até,

proclamava o ilustre constitucionalista os direitos políticos como os estabelecidos, unicamente, pelas leis ou constituições políticas, criações das conveniências e condições previstas nas normas positivas e não faculdades naturais[9].

No entanto, restrições havia a exemplo da questão religiosa, porquanto clara a disposição constitucional (artigo 95 da Constituição de 1824) que impedia a designação de deputados que não professassem "a religião do Estado", sendo esta a católica (artigo 5º- da referida Lei Maior).

A Constituição Republicana de 1891 foi precedida por um ato de *rompimento institucional* e, portanto, revolucionário, expressa pelo Decreto n. 1, do dia 15 de novembro de 1889. Este documento retratou a existência, na oportunidade, de um *poder constituinte de natureza revolucionária* que rompia com o *regime monárquico parlamentarista e unitário* para impor uma *república presidencialista e federativa*. O Império do Brasil passou a se denominar Estados Unidos do Brasil, ainda pelo Decreto n. 1.

Não obstante a postura de João Barbalho[10], constituinte que, imbuído do ideário constitucional norte-americano, recomendava que as *garantias* para a preservação dos *direitos das pessoas* não constassem da Constituição, porque a simples existência desta indicava a presença dos *direitos das pessoas* nos sistemas jurídico e legal, o texto de 1891 *contemplou os direitos políticos*, sob o rótulo *Das Qualidades do Cidadão Brasileiro* (Título IV, Seção I). É verdade que o tema foi precedido de debate centrado em posição de Pimenta Bueno, defendida em sua obra clássica, *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, questionando a localização dos *direitos de nacionalidade*.

Indagava aquele estudioso se o tema seria de direito civil ou de direito político constitucional. Respondia o mesmo autor pela primeira alternativa, os direitos de nacionalidade devem ser lançados no direito civil[11]. Para a solução da questão, em sentido contrário a Pimenta Bueno, *adotaram os constituintes a opinião de Teixeira de Freitas que argumentava ser a qualidade de cidadão a base dos direitos políticos e, portanto, um código político, como é a Constituição, não poderia prescindir de registrar o tema nacionalidade. Apontava Teixeira de Freitas, na opinião em contrário, falsas ideias retiradas das teorias do direito francês e das tradições do direito romano*.

Nos seus artigos 26 e 41, a Constituição Republicana identificou duas

situações. A de *brasileiro*, aquele que nasce ou opta pela nacionalidade, e de *cidadão brasileiro*, ou seja, aquele que se encontra no exercício dos direitos políticos. É este um cidadão ativo, aquele que tem capacidade política.

A naturalização tácita foi adotada pela República. Todos os estrangeiros que se encontrassem no Brasil no dia 15 de novembro de 1889 seriam automaticamente brasileiros, salvo se declarassem o ânimo de se conservarem estrangeiros até seis meses após a vigência da Constituição Republicana (art. 69, § 4º-).

Após a indicação de quem era brasileiro, explicitava quem poderia ser eleitor e, portanto, cidadão. Todos que, maiores de vinte e um anos, viessem a se alistar.

O alistamento e, consequentemente, o voto eram negados aos mendigos, analfabetos e praças de pré, aos religiosos de ordens monásticas e afins, como já referido. Seriam inelegíveis todos aqueles que não pudessem se alistar. O direito de voto não foi concedido às mulheres, apesar de interessantes discussões, de onde se pode recolher, por exemplo, o pronunciamento do deputado Pedro Américo:

> *[...] a missão da mulher é mais doméstica do que pública, mais moral do que política. Demais, a mulher, não direi ideal e perfeita, mas simplesmente normal e típica não é a que vai ao foro, nem à praça pública, nem às assembleias políticas defender os direitos da coletividade, mas a que fica no lar, doméstica, exercendo as virtudes feminis, base da tranquilidade da família e por consequência da felicidade social*[12].

Corria o dia 27 de janeiro de 1889. Não houve, ao que se sabe, nenhum protesto no passeio público ou adjacências. E mais, esta postura refratária à inserção da mulher no corpo eleitoral perdurou por longos anos, até a constitucionalização do voto universal feminino e masculino, aos 18 anos, na Constituição de 1934. Ilustrativo da luta empreendida para a inclusão feminina no *status* de eleitor, o livro produzido por Diva Nolf Nazario, *Voto Feminino & Feminismo*, onde relata a saga de uma estudante de Direito, no começo dos anos 20, do século passado, tentando conquistar o reconhecimento de sua capacidade eleitoral e, portanto, o exercício da cidadania[13].

Enfim, no território comandado pela Constituição de 1891, perdia-se a nacionalidade brasileira nas hipóteses de opção por uma nacionalidade estrangeira, ocorrência de incapacidade física ou moral, condenação criminal, aceitação de emprego ou pensão de governo estrangeiro. Apesar da ausência de explicitação, a destinatária desta última disposição era a Santa Sé que, costumeiramente, conferia condecorações ou títulos de nobreza. Restava uma questão. A nomeação dos prelados católicos que, para aceitarem os títulos eclesiásticos, necessitavam de autorização do governo brasileiro. A Constituição não resolveu o assunto.

Sob a égide da Constituição Social-Corporativa de 1934, o tema vem tratado no Capítulo I (Dos Direitos Políticos), do seu Título III (Da Declaração de Direitos). O referido segmento encampa os dispositivos relativos à nacionalidade, universalidade do sufrágio, sendo designada a idade de 18 anos, para ambos os sexos, como o termo inicial do *status* de cidadão, com participação política reconhecida, um extenso rol de inelegibilidades e, mais adiante, como instrumento de garantia, cria a *Justiça Eleitoral* (artigos 63, *d*, e 82-83). Estas conquistas legislativas tornaram-se manifestações qualificadas da democracia brasileira.

A Constituição de 1934, contudo, retrata com fidelidade o período da História em que foi elaborada. É nacionalista extremada, aproximando-se da xenofobia. Mas, no segmento das práticas constitucionais, a Constituição de 1934 é documento aqui também inovador ao inserir *normas programáticas* no texto constitucional. E para confirmar o título de Constituição Social-Corporativa, concebeu os *deputados das profissões ou classistas* e estes seriam *eleitos por sufrágio indireto das associações profissionais da lavoura e pecuária, indústria, comércio e transportes, profissões liberais e funcionários públicos* (artigo 23).

A Carta de 10 de novembro de 1937 é documento outorgado, o segundo do constitucionalismo brasileiro. Antes se dera a outorga da Constituição do Império, que jamais conheceu legitimidade popular. E o plebiscito previsto no corpo do seu texto (artigo 187) nunca mereceu convocação, tornando-se o documento, segundo seu autor, Francisco Campos, suporte de um mero *governo de fato*, a ditadura Vargas (1937-1945). No ambiente da Carta de 1937, acoimada de fascista, os direitos políticos foram contemplados com tratamento lacônico e negativista, sendo reservados 3 (três), dos seus 5 (cinco) dispositivos, à suspensão, à perda e à reaquisição dos direitos políticos (artigos 118, 119 e 120). Os outros dois destinavam-se a cuidar das

condições impeditivas do alistamento (artigo 117) e da inelegibilidade (artigo 121).

A Constituição liberal de 1946 é produto de um clima internacional de liberdade e de anseio de democracia que sensibilizou a sociedade brasileira. No dia 26 de novembro de 1945, por intermédio da Lei Constitucional n. 15, uma *Assembleia Nacional Constituinte* era convocada. Interessante notar a intensidade da participação popular, ávida pelo exercício dos direitos políticos. O primeiro pleito da fase de redemocratização, de 1945, despertou grande interesse da cidadania e compareceram às urnas *6.200.000* eleitores. Apenas para efeito comparativo, registra-se que no pleito de 2002 o número de eleitores inscritos foi de *115.254.110*. Novos partidos políticos se formaram e, entre eles, os mais significativos foram o Partido Social Democrático – PSD, a União Democrática Nacional – UDN, o Partido Trabalhista Brasileiro – PTB, o Partido Comunista Brasileiro – PCB, o Partido Socialista, o Partido Liberal, o Partido de Representação Popular, formado este último, dentre outros, por antigos integralistas.

Em 18 de setembro de 1946, era promulgada a nova Constituição, de corte liberal-democrático, sem perda dos direitos sociais conquistados em 1934. Nesta verifica-se a emergência de uma *declaração de direitos* (Título IV) que englobou os *direitos políticos*, estes sob o título *Da Nacionalidade e da Cidadania* (Capítulo I).

Pontes de Miranda, um dos principais comentadores da Constituição de 1946, alerta para a presença dos *direitos políticos* no bojo da *Declaração de Direitos*, registra: *Direitos políticos são direitos a participar da formação dos poderes públicos e a ter funções públicas e a exercê-las.* [...][14]. Define-os, portanto, como restritos aos nacionais, de acordo com as regras de cada Estado nacional.

Constata-se que, no rol dos *direitos políticos,* mantinham-se as restrições aos contatos dos nacionais brasileiros com Estados estrangeiros. Perdia a nacionalidade quem, sem licença do Presidente da República (sic), aceitasse de governo estrangeiro comissão, emprego ou pensão ou título nobiliário ou condecorações estrangeiras que importassem restrição de direito ou dever perante o Estado.

A qualidade de eleitor era conferida às pessoas de ambos os sexos com idade maior de 18 anos. Não se concedia a faculdade do voto para os maiores de 70 anos. Preserva-se o preconceito contra os analfabetos,

impedindo-os de votar. O voto era obrigatório. As demais regras referiam-se às condições de elegibilidades e inelegibilidades para concorrer a cargos públicos. Os parlamentos tinham suas cadeiras preenchidas pelo sistema da representação proporcional dos partidos políticos nacionais, conforme lições de Assis Brasil[15], expostas desde 1893 em seu livro *Democracia representativa*.

A Constituição autoritária de 1967/1969 introduziu restrições relevantes à participação política. No segmento eleitoral, idealizou a técnica da sublegenda, o voto vinculado, a eleição indireta para a Presidência, os governos dos estados-membros e um terço do Senado Federal. Enfim, apesar de manter o voto direto e universal para a composição dos Legislativos, o trabalho das Casas parlamentares por inúmeras vezes sofreu interrupção e, em nível municipal, reinstalou a figura dos interventores e a do prefeito nomeado nos municípios-capital e nos declarados de interesse da segurança nacional e de perfil turístico.

2.2. Tratamento na Constituição brasileira de 1988

A par de prestigiar a vocação para o voto, própria do povo brasileiro[16], a Constituição de 1988, conhecida como *a constituição cidadã*, corresponde a um avanço no aprimoramento da democracia e, consequentemente, insere o privilegiamento do exercício dos direitos políticos. Plasmado sobre os princípios vetores, estruturantes do modelo democrático acolhido pelos constituintes, e arrolados logo no artigo 1º deste texto, o novo e avançado documento constitucional busca garantir a *participação política* por intermédio dos instrumentos elencados no seu artigo 14, e, dentre eles, o de maior relevância, *o sufrágio universal, conformado pelo voto direto, secreto e com valor igual para todos – o direito de sufrágio* (artigo 14, *caput*).

Com efeito, *o direito de sufrágio* é erigido, hoje, a um dos mais eminentes direitos – *diretamente relacionado ao homem político* – exatamente por lhe propiciar, quer ativa, quer passivamente, *a participação no polo epicêntrico das decisões políticas*. Neste sentido o entendimento de Jorge Miranda, que o erige a "*direito máximo*", *porque através dele os cidadãos escolhem os governantes e, assim, directa ou indirectamente, as coordenadas principais de política do Estado (...) e, no caso do referendo, decidem esta ou aquela questão*[17]. Consubstancia-se, ademais, na *fórmula concretizadora da*

representação política, um arranjo político-constitucional, cujo quadro alberga o processo de *eleição* dos representantes/governantes pelos integrantes do grupo social – os representados/governados. Estes, nesse contexto, pronunciam-se politicamente por intermédio de consulta eleitoral, selecionando seus representantes e mantendo reservado, tão só, o direito de não reelegê-los na hipótese de não ver suas expectativas atendidas.

É verdade, também, que a técnica da eleição, como instrumento de seleção dos governantes/representantes, não configura o único mecanismo que a trilha evolutiva das ideias políticas traz a lume. A História focaliza momentos em que chegou a ser ignorada, até em razão da nuança aristocrática que poderia emprestar ao processo de seleção dos representantes. No mundo antigo, indigitava-se o *sorteio* como merecedor da adjetivação de democrático, acoimando-se o processo eleitoral de antissonômico por desigualar os homens, quer por suas qualidades, quer por seus defeitos. E mais, não há como ignorar o sarcástico comentário de Rousseau, acerca da consulta eleitoral, ao registrar que o povo inglês pensa em ser livre porque periodicamente elege seus senhores[18]. Não obstante a aversão do notável genebrino, *foi sendo reservado espaço cada vez mais significativo à mecânica eleitoral, firmando-se esta na paisagem política como instrumento único a se acomodar à engrenagem da democracia representativa.*

Variados se oferecem os ângulos e as possibilidade de análise deste significativo direito. Por uma de suas perspectivas, conduz o estudioso diretamente ao *conceito de cidadania*, visualizando o *nacional no exercício dos direitos políticos* e, consequentemente, envolve os dois aspectos do bifacial "*statutus civitatis*" *– o direito de votar e o de ser votado, isto é, a* participação ativa *e* passiva *no processo político decisional*.

Registre-se que o Texto Fundamental de 1988 foi generoso com os dois polos deste binômio, preconizando um amplo *corpo eleitoral* (sufrágio ativo), a albergar tanto os *adolescentes*, a partir dos 16 anos, como, ainda, *os analfabetos*[19] (artigo 14, § 1º-). Confirmou e preconizou um razoável rol de fatores inibidores da elegibilidade – da *candidatura* (sufrágio passivo), e introduziu a *reeleição*, ou seja, a disputa por mais um mandato em posto do Poder Executivo (art. 14, § 5º-, com a redação dada pela EC n. 16/1997).

A *cidadania, contudo, incorpora um percurso bastante extenso* até alcançar o seu grau máximo. Nos moldes da Constituição de 1988,

inaugura-se esta trajetória quando se completam 16 anos e, facultativamente, pode se dar o ingresso no corpo eleitoral, a porta de entrada (artigo 14, § 1º-, II, *c*). A partir dos 18 anos, o indivíduo, já cidadão, passa a integrar obrigatoriamente o eleitorado e já está apto para postular a Vereança (artigo 14, § 1º-, I c/c artigo 14, § 3º-, VI, *d*). Aos 21 anos, é aberto o acesso aos postos de Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz (artigo 14, § 3º-, VI, *c*). Com 30 anos, a Constituição autoriza a disputa para o mandato de Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal (artigo 14, § 3º-, VI, *b*). E, por derradeira, a cidadania plena é atingida aos 35 anos de idade, momento em que se abre a possibilidade de concorrer à Presidência e Vice-Presidência da República (artigo 14, § 3º-, VI, *a*).

O exercício da cidadania passiva, o *jus honorum*, ou a capacidade de exercer cargos públicos, a seu turno, demanda atenção. Informado pelo macroprincípio das "*eleições livres e disputadas*", o *tratamento da candidatura* exige especial lapidação, impondo: *a)* liberdade para postular cargos eletivos, *b)* liberdade para disputar respaldo popular e os votos do corpo eleitoral.

De fato, para homenagear a cláusula acima, não basta o desenho de um amplo corpo eleitoral; a este deve vir assegurado um adequado leque de opções eleitorais para a seleção de seus representantes. Daí por que emerge a questão da *elegibilidade*, o direito de *candidatura*, que, a rigor, a todos pertence, a todos os que têm o direito de votar, *assumindo o perfil de direito fundamental*. Notadamente, *em climas democráticos, a elegibilidade deve pender para a universalidade*. Porém, há sempre possibilidade de inserção de determinados lindes, reduzindo-se o acesso a cargos eletivos e introduzindo-se a figura da inelegibilidade, nas suas variadas e diversificadas modalidades.

Certo é, no entanto, que a ideia de inelegibilidade penetra em cenário político e jurídico com o perfil de evidente excepcionalidade, porquanto implica uma restrição, obscurecendo, temporariamente, o espectro da elegibilidade, erigida a "*liberdade pública fundamental*"[20]. E, atento a esse peculiar perfil restritivo da figura da inelegibilidade, o nosso Texto Político estampa as linhas mestras a comandar a área, preordenando as limitações pela exigência de: *alfabetização* (artigo 14, § 4º), *domicílio eleitoral* (artigo 14, § 3º, IV), *filiação partidária* (artigo 14, § 3º, V). E mais, atribuiu ao legislador complementar (artigo 14, § 9º) a tarefa do detalhamento das

diversas hipóteses da *categoria das inelegibilidades "proteção"*, ou seja, um elenco definido a partir de um sentido ético, de tutela da lisura e autenticidade da consulta eleitoral, voltado a coibir a interferência do poder econômico e da máquina estatal na formação da vontade coletiva *(Lei Complementar federal n. 64, de 18 de maio de 1990)*.

A esse quadro de limitações de matiz extraordinária, alinhava-se, tradicionalmente, a regra da irrelegibilidade para os cargos do Executivo[21], como homenagem ao *standard* da alternância e modelado de forma a afastar os riscos do continuísmo e a deterioração do polo do poder, por força da ação corrosiva de sua concentração, por um longo período, nas mãos de um grupo ou de um só homem[22]. A Emenda Constitucional n. 16, de 4 de junho de 1997, conforme acima anotado, inovou no tocante ao tratamento desse instituto, suavizando a vedação para permitir que os titulares dos cargos de Presidente da República, Governador de Estado e Prefeitos venham a postular, por mais uma vez, em linha subsequente, o mesmo posto[23]. Sob *o impacto da reeleição novas limitações* às campanhas dos candidatos foram deflagradas e, destarte, óbices à liberdade de divulgar posturas e plataformas políticas, disputando a simpatia, a confiança e o voto dos eleitores. Assim é que a Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, texto editado, aliás, com proposta de permanência – para regulamentar várias e várias eleições[24]–, dedica todo um capítulo às "*condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais*" (artigos 73 a 78), visando impedir o uso da máquina estatal, principalmente, por parte dos candidatos à reeleição.

3. O cenário da competição pelo poder

3.1. Atores. Princípios de regência. Elementos de desvio ou deformadores: os fenômenos da verticalização e a cota para vereadores

O direito de sufrágio, como acima anotado, autoriza uma variada gama de análises. Quer sob o ângulo subjetivo, quer o objetivo, ou até mesmo incidindo sobre a natureza do direito e a qualidade da tutela. Neste estudo, a

preocupação estará voltada ao panorama que o aloja. *Um cenário de natureza política, de designação dos governantes, ou seja, dos detentores do poder político*; um território identificado por um intenso esforço na disputa pelo poder, por condutas de combate e, notadamente, pela preocupação quanto à difusão de programas e ideias políticas a alcançar o eleitor e capturar-lhe a simpatia e o apoio.

E, neste espaço, *a cidadania é que desempenha o papel de protagonista*. Eleitor e candidato comparecem na qualidade de principais atores do espetáculo, que, não resta dúvida, conta com um elenco de elementos coadjuvantes, mecanismos e instrumentos de organização e atuação. Na categoria de coadjuvantes, pois, passam a demandar exame os *partidos políticos*, os *sistemas eleitorais* e as *técnicas de escrutínio*, todos destinados a viabilizar a concretização final da *operação eleitoral* que envolve a *indigitação dos governantes, os representantes da comunidade social incumbidos da tarefa de tomar as decisões políticas*.

Adotada, pois, a operação eleitoral como operadora da representação política, é de se reconhecer a notoriedade do *direito de sufrágio*, na sua configuração de *direito de participação*. Uma função inerente à natureza humana, "*Un droit que rien ne peut ôter aux citoyens*"[25], como afirmava Rousseau. Por isso é que Carré de Malberg erigiu o sufrágio a um poder jurídico, *um público direito subjetivo*[26].

O poder de sufrágio, exercido por via eleitoral, consagra a garantia das práticas democráticas. Isto, porém, quando o sistema desenvolvido para o seu exercício se acomoda ao *macroprincípio da autodeterminação* e a seus corolários que exigem:

- *atribuição igual do direito de voto;*
- *sufrágio universal;*
- *periodicidade do voto;*
- *igualdade do valor do voto;*
- *pessoalidade do voto;*
- *sigilo do voto;*
- *liberdade de postular cargos eletivos;*
- *direito dos candidatos de disputarem respaldo popular;*
- *direito dos líderes políticos e candidatos de disputarem votos.*

Daí por que a exigência do *standard* conhecido como "*free and fair*

elections" encontra no sufrágio universal uma de suas mais fortes formas de expressão; mas, para a adequada configuração, demanda a verificação da *compatibilidade do modelo acolhido aos requisitos acima identificados*, envolvendo fórmulas eleitorais que atendam à imposição de:

a) *designação de representantes que venham a expressar a vontade popular, impondo-se a representação da heterogeneidade de tendências e posições políticas identificadas na comunidade social, vontade esta sempre atualizada mediante o voto direto, secreto e igual;*

b) *todos os cidadãos virem a ser representados pelo conjunto de representantes, o que expulsa dos sistemas eleitorais democráticos o mandato imperativo;*

c) *candidaturas plurais, sem óbices ao sucesso eleitoral de tendências, políticas, desde que compatíveis com os princípios democráticos;*

d) *vedação da personalização exacerbada do voto, o que implica a recomendação de candidaturas partidárias;*

e) *sistemas eleitorais hábeis a traduzir adequadamente os votos, transformando-os em assentos parlamentares, respeitada a vontade eleitoral expressa nas urnas;*

f) *prévio conhecimento do quadro normativo a nortear a operação eleitoral, no ensejo de evitar o casuísmo – recorrente no campo eleitoral – e atender ao cânone da segurança jurídica.*

O momento eleitoral, nos quadros democráticos, apresenta-se de extrema relevância, na medida em que assegura legitimidade aos governos – aos representantes eleitos. Para tanto, porém, impõe-se o atendimento aos *standards* que o informam, os princípios de regência que possam propiciar um padrão democrático, coroado pelo fenômeno denominado por Robert Dahl de "*responsiveness*" – a "*contínua correspondência do governo com as preferências de seus cidadãos considerados politicamente iguais*"[27].

É que há, evidentemente, um arsenal de *mecanismos deformadores* do direito de sufrágio, destinados a desvirtuar os resultados, a exemplo das conhecidas *técnicas de ponderação do sufrágio (no seu polo ativo),* introduzindo o *voto múltiplo ou plural (Inglaterra dos anos 40, autorizando ao eleitor dois votos – o do domicílio residencial e o do domicílio profissional), o double vote (França/1820 – orientado pelo fator fortuna), o voto familiar (França, conferindo ao* pater familiae *tantos votos quantos fossem os respectivos membros)* etc. O direito de sufrágio pode, ainda, vir a

sofrer desvios – como de fato já ocorreu – mediante aplicação de fórmulas especiais a atingir o seu polo passivo – o direito de postular cargos públicos, a figura do candidato. É o território das *hipóteses de inelegibilidade*, apresentando obstáculos à apresentação da candidatura, que, por versarem impedimentos à plenitude do exercício deste direito, impõem uma interpretação restritiva.

Ademais é neste espaço que deve se situar a questão da *territorialização do voto*, que produz o fenômeno da *hiporrepresentação*, provocando um desequilíbrio nas representações das diferentes regiões de um determinado Estado e, consequentemente, um *descompasso quanto ao peso e a importância do voto* dos respectivos eleitores.

Conhecida esta deficiência do processo eleitoral como "*malapportionment*", a situação foi, a seu turno, enfrentada pela Suprema Corte norte-americana, formatando-se, no caso *Reynolds X Sims*, o seguinte princípio: "*O direito de sufrágio não pode ser negado pela defasagem ou pela diluição do peso do voto do cidadão, ato que produz efeito idêntico à plena vedação do livre exercício das franquias individuais que lhes são asseguradas*". Mas o desequilíbrio na representação das regiões não configura um fenômeno localizado e nem privilégio de determinados países, como os Estados Unidos da América – onde foi estruturado o princípio, já acima referido, consubstanciado no impedimento de *diluição do peso do voto do cidadão* – ou o Brasil, onde o valor do voto de um eleitor do Acre é considerado 14 (quatorze) vezes superior ao de um eleitor de São Paulo.

Cumpre registrar que o tratamento jurídico-constitucional cometido à matéria, em princípio, se atém aos quadros principiológicos acima referidos, *buscando cuidar da figura do eleitor e do candidato de molde a se alinhar às imposições da cláusula "free and fair elections"*. A par das largas condições de ingresso no corpo eleitoral (v. 2.2. – Tratamento na Constituição brasileira de 1988, deste texto), restou mantida a técnica do *alistamento*, introduzida entre nós pela Lei Saraiva, de 1881, e que configura uma das primeiras medidas a reforçar a ideia da necessidade de assegurar-se autenticidade ao corpo eleitoral, no sentido de aproximá-lo da realidade populacional. A atual Constituição cuida do alistamento no seu artigo 14, §§ 1º e 2º, e assim garante: *a)* a legitimação da qualidade de eleitor e do exercício do direito de sufrágio; *b)* identifica o domicílio eleitoral, criando o vínculo com a circunscrição; *c)* fixa o local do voto; e *d)*

delimita o local em que o eleitor poderá exercer a cidadania passiva, concorrendo a postos eletivos.

Dentre os elementos de ponderação que culminam por desvirtuar o atendimento dos princípios de regência deste sensível cenário, emerge a *verticalização* reintroduzida por força das Instruções editadas pelo Tribunal Superior Eleitoral, ao regulamentar o artigo 6º da Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997 (Lei das Eleições). De fato, a Resolução n. 20.993, de 26 de fevereiro de 2002[28], proibiu a efetivação de coligações autônomas e independentes no âmbito dos pleitos *(que são diferentes)* para a Presidência da República, de espectro nacional, e para aqueles que terão o Estado federado como circunscrição, todos, é verdade, a se realizar numa única data. Em suma, estabeleceu uma grave restrição ao cidadão, à sociedade, ao corpo eleitoral e aos candidatos. E isto por via de mero regulamento.

Ora, impor a técnica da vinculação vertical às coligações é *investir contra a autonomia partidária* que, como acima anotado, encontra-se resguardada pelo atual Estatuto Fundamental. Este somente admite a intervenção da lei para disciplinar o funcionamento parlamentar das agremiações, a propaganda eleitoral e a questão financeira. Nada mais. Poder-se-ia, talvez, afirmar que indigitada verticalização insere-se na regulamentação do próprio processo eleitoral. Ainda assim, esta é reservada à lei e não ao regulamento que, na hierarquia, se lhe afigura inferior[29].

E, mais, se admitida a hipótese de inserção da *vinculação verticalizada a título de reorientação do processo eleitoral*, esta deveria atender, como seria de se esperar, a limitação no tempo, de 1 ano[30], imposta constitucionalmente, para a reforma das normas incidentes sobre a realização de pleitos eletivos.

Inquietante o cerceamento quanto às coligações para a apresentação das candidaturas, introduzido pela Justiça Eleitoral. É mais difícil, ainda, à compreensão a situação que se estabeleceu quatro anos mais tarde, em 2006, novamente um ano a servir de palco à consulta eleitoral geral. Emerge vitoriosa uma proposta de Emenda Constitucional (PEC 548/02) a assegurar a *autonomia partidária* na formulação das coligações. Embora não altere na sua substância o texto constitucional (artigo 17, § 1º), encarregando-se tão só de explicitá-lo, após aprovada e marcada data para promulgação, simplesmente não é editada transcorridos mais de 15 dias. É o suspense introduzido em cena eleitoral. Referida PEC, quando publicada,

passou a se consubstanciar na E.C. n. 52/2006; no entanto, deixou de se aplicar às eleições de 2006, por entender o TSE que violaria o prazo de carência de um ano, previsto no preceito imediatamente anterior, *o art. 16 do Estatuto Fundamental*. Acabou sendo reutilizada a regra da *verticalização* no campo das candidaturas.

Ano de eleições municipais. 2004. Decide novamente o Tribunal Superior Eleitoral invadir o processo das eleições, inovando no campo das candidaturas. Não o fez diretamente. Recolhendo decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal, num caso específico do pequeno município de Mira Estrela, a Corte Eleitoral editou a Resolução n. 21.702, de 2 de abril de 2004, cuja ementa já avisa: "Instruções sobre o número de vereadores a eleger segundo a população de cada município". O documento produzido – por mais esta vez, *um mero regulamento – estabelece para cada município o número máximo de vereadores* e, consequentemente, o de candidatos, ou seja, de opções a serem apresentadas ao eleitor de cada um dos municípios envolvidos no pleito de outubro de 2004. Na verdade, *reduz os dois* (*número de candidatos e número de opções do cidadão-eleitor*) e denota, demais disso, flagrante desprezo em relação à *autonomia do município*[31] para a fixação do número dos respectivos edis, observada a norma constitucional, e no tocante ao *prazo de carência, – de um ano – fixado pelo art. 16* da Constituição, para alterações no processo eleitoral, preceito que, taxativamente, prestigia a anterioridade, um dos princípios de regência das consultas eleitorais.

3.2. Os partidos políticos. Estado de partidos. Fidelidade partidária

Sob permanentes e orquestrados ataques por hospedar um número superlativo de agremiações político-partidárias, derivado de um processo de célere proliferação que acompanhou o clima de redemocratização do país e, por que não admitir, reflexo da técnica proporcional adotada para a composição das Casas Legislativas, *o sistema de partidos praticado* no panorama doméstico vem se firmando, descortinando um *quadro pluripartidário, de considerável pulverização*.

Mister reconhecer que referido sistema logrou atingir, de alguma forma, um determinado nível de amadurecimento e equilíbrio, embora, ainda, se

detecte a presença de elementos de desvio, a exemplo dos denominados "nanicos", convivendo com os grandes e potentes partidos no complexo universo político. Para tanto contribuiu *a Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995, que disciplina a atividade partidária*, introduzindo medidas rígidas e requisitos de difícil consecução para a criação de novas organizações, e concorreu de modo especial para a estabilização do quadro que, entre 1999 e 2006, atuou com 30 (trinta) partidos detentores de registro junto à Justiça Eleitoral[32] e a partir de 2008 apresenta 27 (vinte e sete).

De outra parte, a célebre *cláusula de desempenho* ou *de barreira*, estabelecida no artigo 13 da lei partidária, passaria a produzir efeitos a partir das eleições gerais de 2006 (cf. artigo 57 do referido texto) e considerando o fraco desempenho dos "nanicos", processaram-se, em regime emergencial, diversas fusões e incorporações, diminuindo o quadro partidário. Interessante, neste sentido, verificar o *quadro a seguir*, que oferece uma visão das sete agremiações que lograram alcançar o nível previsto pelo dispositivo do artigo 13. *Apenas e tão só 7 (sete) partidos*. Mas, como também informa o mencionado quadro, encontravam-se tramitando junto ao Supremo Tribunal Federal duas ações, Adi's, questionando a constitucionalidade da norma bloqueadora, demandas que, ao final de 2006, foram julgadas e deferidas, acoimando-se de inconstitucional referido preceito por, em especial, contrariar o princípio pluralista consagrado pela Lei Magna.

Partidos que *não* atingiram o nível de desempenho eleitoral de 5%

PARTIDO	Eleitos
PC do B	13
PPS*	21
PSOL	03
PTB	22
PTC	04
PRONA	02
PT do B	01
PL	23
PSC	09
PV	13
PMN*	03
PAN	01
PRB	01
PHS*	02
Total	118

Atingiram o nível de votos exigido pelo art. 13 os seguintes partidos:

PFL	11,34% dos votos
PSDB	14,13% dos votos
PT	15,58% dos votos
PMDB	15,12% dos votos
PDT	5,40% dos votos
PP	7,42% dos votos
PSB	6,38% dos votos

Tramitam no STF duas ADINs contra a cláusula de barreira ajuizadas em 1995, por ocasião da Lei 9.096: ADI 1351 e ADI 1354 (Rel. Min. Marco Aurélio).

*O *PPS* fundiu-se, em 19.11.2006, com o *PHS* e com o *PMN*, criando a nova *Mobilização Democrática (MD)*, como estratégia para ultrapassar a cláusula de barreira. (Fonte: notícias UOL, 19.11.06)

Aliás, a perspectiva de estabilidade já era nítida no início da década de 1990, vindo registrada no nosso estudo sobre participação política, onde se admite que, "... findo o processo de redemocratização, os partidos políticos consequentes tornar-se-ão atores estáveis, contando com arcabouços bem elaborados e, assim, democraticamente atuantes, poderão se converter em agentes de efetiva participação dentro do Sistema de Partidos".[33]

Em verdade, no mundo atual, *o partido assume posição fortalecida de mecanismo de comunicação e de participação do processo decisional; mais até, de instrumento destinado ao recrutamento dos governantes e à socialização política*. Diante, pois, de tal envergadura, importa perquirir acerca do tratamento apto a habilitá-lo ao cumprimento dessa missão. E, conquanto o ideal seja o atingimento da figura do "partido pasteurizado", construída por Manoel Gonçalves Ferreira Filho[34], a complexidade do campo de competição pelo poder exige *o desenho de um Sistema de Partidos aclimatado às nuanças e especificidades de cada comunidade política e ao tipo de representação política que pretende instalar*.

A paisagem doméstica espelha acentuadas dificuldades no tratamento do território partidário, claramente identificadas na mais breve incursão no seu traçado. No seu artigo 17, a Constituição de 1988 o contempla com a *natureza de pessoa jurídica de direito privado* e lhe assegura a *liberdade* de criação, fusão, incorporação, extinção (*caput*) e *autonomia* para definir sua

estrutura, organização e funcionamento. O legislador ordinário, contudo, ao editar a Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995, estabeleceu normas preordenadoras de sua organização e funcionamento, recomendações quanto à confecção dos estatutos e regras de filiação partidária, dentre outros.

E mais, como acima verificado, o próprio *Poder Judiciário* avançou no campo reservado aos partidos. Impôs restrições à feitura de coligações, a exemplo do fenômeno da *verticalização*. Por intermédio da Resolução de n. 22.121/2005 (*de 1º de dezembro de 2005*), decorrente da Petição n. 1499 – Classe 18ª – Distrito Federal, Brasília, *obrigou os institutos de educação política mantidos pelas agremiações partidárias a se transformar em fundações de pesquisa e de doutrinação e educação política*, com o escopo de subordinar suas atividades ao controle do Ministério Público. E conquanto louvável a ideia, a rigor *somente lei é que poderia fixar a obrigatoriedade de transformar tais organismos em fundações*, já que lei (*Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995/ art. 44, IV*) assegura à figura partidária a instalação e manutenção dos centros de pesquisa e doutrinação. E ainda mais, *em 2006*, ano eleitoral, albergando diferentes pleitos (eleições gerais), decide o TSE (RO n. 748 – PA) *fixar o prazo de 5 (cinco) dias para o ajuizamento de representação por descumprimento das normas do art. 73* (condutas vedadas) da Lei n. 9.504/97 (lei eleitoral), prazo não previsto no citado texto[35]. E, nessa ativi-dade de intenso ativismo judicial, culmina a Justiça Eleitoral por decretar a *fidelidade partidária e instituir uma nova hipótese de perda do mandato conquistado nas urnas*, tema a ser tratado ainda neste artigo.

Mas o modelo acolhido pelos constituintes, inspirados na tendência atual de priorização do fenômeno partidário, acabou por *atribuir ao partido político o monopólio das candidaturas*[36], inviabilizando a presença de candidatos independentes. Posicionou-o, destarte, como peça imprescindível no cenário da operação eleitoral, ou seja, para a escolha dos governantes/representantes. Dessa forma, passa o partido, isoladamente ou por via de coligação, a *ser o responsável pelo registro dos candidatos* que apresenta para a disputa dos votos e pelo desenvolvimento da campanha de divulgação a respaldar os seus postulantes.

Apesar de deter o monopólio das candidaturas, curiosamente, sob o domínio da Lei n. 9.504/97, restou enfraquecido o vínculo de solidariedade

entre candidato e partido, no que concerne à realização da campanha eleitoral. Diferentemente do tratamento outorgado pelo legislador no passado – concentrando a responsabilidade na figura do partido –, hoje esta encontra-se diluída, sendo liberado o candidato a administrar, por si, sua campanha, inclusive sob o aspecto financeiro (art. 20/Lei n. 9.504/97) e a este sendo atribuída a responsabilidade pela prestação de contas (art. 28, § 2º/Lei n. 9.504/97), regra que esbarra numa exceção: as eleições majoritárias (Presidente, Governadores e Senadores), onde se mantém a cargo dos comitês financeiros, instalados pelos partidos, o dever de prestar as contas relativas à campanha empreendida (art. 28, § 1º/Lei n. 9.504/97).

Relevância conquista o partido principalmente nos períodos eleitorais. A par do comando que detém sobre a candidatura e o respectivo registro, a ele foi atribuída *exclusividade no tocante às campanhas publicitárias pela rádio, televisão*. A busca por espaço na mídia, aliás, constitui uma das potentes razões para que *as agremiações de menor expressividade eleitoral ingressem na disputa basicamente por via de coligações, com o objetivo, via de regra, de concorrer para a ampliação do tempo de antena dos mais poderosos, conquistando, em contrapartida, recursos de marketing e espaço mais promissor para os seus próprios candidatos*. Por vezes, porém, sua participação tem por escopo mero ato de presença eleitoral, presença que, quando não produz efeitos nocivos sobre a campanha, por privilegiar, a partir da penumbra, candidato de maior potencial, é salutar para o robustecimento da participação política e ampliação das possibilidades de exercício da cidadania.

Oportuno reiterar, a esse passo, a célebre observação lançada por Loewenstein[37], no sentido de que o Estado contemporâneo assume a configuração de um *Estado de Partidos*, de onde emerge a figura da agremiação partidária na condição de detentora quase que do monopólio do sistema eleitoral. A ideia já era defendida por Hans Kelsen, que visualizava a própria democracia moderna assentada sobre os partidos políticos. Neste mesmo tom, a lição do espanhol Roberto Blanco Valdés[38]: "...os partidos, apesar dos problemas e limitações, constituem, nas sociedades capitalistas desenvolvidas o fundamental e quase que único instrumento pelo qual os cidadãos participam da vida política. (...) são, portanto, um instrumento vertebral para a eficiente plasmação do princípio democrático (...)". E, nessa linha, Maurice Duverger[39], assentindo que: "os partidos tanto criam a

opinião pública quanto a exprimem; formam-na mais do que a deformam; não há eco e sim diálogo. Sem partidos haveria apenas tendências vagas, instintivas, variadas, (...) necessário admitir que o eleito recebe um duplo mandato: do partido e dos eleitores(...)". E, ainda que em tom de crítica, Gerhard Leibholz[40] reconhece o fato de estar havendo "(...) a substituição paulatina da clássica democracia representativa parlamentar pelo moderno Estado de Partidos, assentado na democracia de massa."

Entre nós, o partido também passa a ser reconhecido como mola mestra do processo eleitoral, provocando uma nova postura ao Estado. Esta é a visão de José Alfredo de Oliveira Baracho, na sua obra *A Teoria Geral do Direito Eleitoral e seus Reflexos no Direito Eleitoral Brasileiro*: "a constitucionalização dos partidos vem acompanhada da denominação Estado de Partidos, em decorrência da consolidação dos primeiros partidos, acompanhada da progressiva extensão do sufrágio[41]". Posição similar é defendida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho que, a seu turno, anota: "Reconheceu-se implicitamente que a representação nacional gerava uma oligarquia representativa, procuraram (...) encontrar uma fórmula que permitisse ao povo realmente governar através de representantes eleitos. A solução encontrada foi a de erigir o partido político em peça fundamental da democracia, fazendo dele o verdadeiro candidato." (...) "No século XX, veio a ser formulada nova colocação das relações entre representantes e representados. É a doutrina do mandato partidário. Esta, como a designação indica, vincula-se ao fenômeno político dos partidos e especialmente ao modelo da democracia dos partidos (...)"[42]; e Cláudio Lembo[43], tanto no seu *O jogo da coragem* como na obra *Participação política e assistência simples*, enaltece a figura do partido político no cenário institucional do século XX.

Forçoso convir que no Brasil, inobstante o privilegiado tratamento partidário, identificava-se uma peculiar tendência à ação denominada *crossing the floor* por parte dos parlamentares. Estes transitavam entre os partidos, uma verdadeira peregrinação que tem por símbolo João Caldas ao trocar 8 vezes de agremiação. Este fluxo interpartidário de parlamentares não se apresentava como privilégio do atual ciclo democrático. Ao invés, assume contornos crônicos, sendo quase da natureza da política partidária praticada entre nós e que gira, predominantemente, ao redor da figura do candidato e não da agremiação política que lhe sustenta a candidatura.

Reflexo direto, a configuração da Câmara Federal nas últimas legislaturas: um verdadeiro terreno movediço, com grupos e bancadas sempre cambiantes:

Partidos Políticos no Congresso Nacional

Movimentação das Bancadas

A intensidade do trânsito interpartidário dos parlamentares (Legislatura 2003-2006. Eleição 2006/Posse 2007)

Partidos	**1998 (eleição)**	**1999 (posse)**	**2002 (fim legislatura)**	**2002 (eleição)**	**2003 (posse)**	**2003 (agosto)**	**2005 (outubro)**	**2006 (eleição)**
PFL/DEM	105	106	94	84	76	71	61	65
PSDB	99	100	93	70	63	60	54	66
PMDB	83	84	85	75	70	68	80	89
PPB(PP)	60	60	54	49	43	47	54	66
PT	59	59	57	91	91	92	84	83
PTB	31	31	34	26	41	49	46	22
PDT	25	25	16	21	18	14	19	24
PSB	18	17	16	22	28	29	28	27
PL(PR)	12	12	23	26	34	35	39	23
PC DO B	7	7	10	12	12	11	9	13
PPS	3	3	11	15	21	18	13	22
PSD	3	2	–	4	–	–	–	(incorporad ao PTB)

PMN	2	2	–	1	2	1	–	3	3
PSC	2	1	–	1	1	1	6	9	7
PRONA	1	1	–	6	6	6	2	2	(fusão com o PL para formar o PR)
PSL	1	1	5	1	1	–	–	–	–
PST	1	1	6	3	–	–	(incorporado ao PL)	–	–
PV	1	1	–	5	6	6	8	13	13
PSDC	–	–	–	1	–	–	–	–	–
PSOL	–	–	–	–	–	–	6	3	3
PAN	–	–	–	–	–	–	–	1	4
PMR (PRB)	–	–	–	–	–	–	2	1	1
PTC	–	–	–	–	–	–	–	3	3
PRB	–	–	–	–	–	–	–	1	1
PHS	–	–	–	–	–	–	–	2	2
Sem part	–	–	–	–	–	–	2	–	–
Total	513	513	513	513	513	513	513	513	513

Fontes: www.camara.gov.br

Diante da notória evolução da denominada *dança das cadeiras* e à vista da inércia do Legislativo que, não obstante a inflacionária produção de projetos e substitutivos a enfrentar este delicado fenômeno, não logrou qualquer avanço em termos concretos, por mais uma vez, o Tribunal Superior Eleitoral procurou, por mais esta vez, oferecer solução, *in concreto*, decretando a possibilidade de perda do mandato eletivo na hipótese de abandono da legenda que suportou a candidatura. Praticamente

extinto, por superado, restou o tema dos trânsfugas, o turismo interpartidário obstado pela *Resolução n. 26.610, de 25 de outubro de 2007*, do Tribunal Superior Eleitoral, documento que fixou, ainda, as hipóteses e o procedimento de perda do mandato em caso de abandono do partido sob cuja legenda o titular do mandato foi eleito[44].

4. Participação política por via direta. Mecanismos

4.1. Plebiscito. Referendo. Iniciativa popular

As falhas, desvios e vicissitudes do sistema representativo, fatores alinhados, ainda, ao advento da sociedade configurada como "de massa", denotaram a insuficiência da fórmula da representação para a expressão da vontade política, principalmente, das minorias. A acusação de maior rigor lançada à democracia representativa implica lhe acoplar o caráter de *democratie sans le peuple*, segundo crítica de Duverger[45]. Reflexo, pois, das novas exigências de participação política, os instrumentos de participação direta passaram a invadir espaços antes dominados pela democracia indireta, operada por via de representantes.

O padrão que a nova receita impõe, na lente perspicaz de Pierre Pactet, consolida "a coexistência de órgãos representativos e de procedimentos de intervenção popular direta..."[46]. Certo é, no entanto, que são estes últimos instrumentos que conferem o tom da especificidade do regime semidireto, autorizando uma participação direta no polo da tomada das decisões políticas[47].

De outra parte, cabe registrar que, neste escaninho, os mecanismos são diversos e de diversificados efeitos[48]. Todos, contudo, têm o condão de autorizar a interferência direta dos destinatários do poder no polo da tomada das decisões políticas, ou no cenário da discussão "des affaires publiques", expressão celebrizada pelo Barão de la Brède et de Montesquieu.

Em panorama brasileiro, a Constituição de 1988 prescreveu como instrumentos de expressão da soberania popular, a par do sufrágio, pelo voto direto e secreto, *o plebiscito, o referendo* e *a iniciativa popular* (art. 14, I, II e III). Os dois primeiros *operando, a seu turno, por intermédio do sufrágio, sendo o voto a sua forma de expressão*. O último, a iniciativa

popular, outorga competência aos cidadãos para a apresentação de projetos de lei, ou seja, propostas de um novo direito, de uma determinada decisão política.

Em verdade, o *plebiscito* constitui forma remota de participação popular e sua concepção é detectada, ainda, na antiga Roma. Difícil, como já assinalado no livro *Participação Política*..., a identificação da lei e da data de sua concepção. Três hipóteses aventam: *Lex Valério Horatia* (449 a.C.), *Lex Publilia* (339 a.C.) e a *Lex Hortensia* (286 a.C.). Inicia sua trajetória na categoria de *decreto* (*plebiscita*) editado pelo povo (*plebs*), no âmbito de comícios sobre proposições apresentadas por um magistrado da plebe, ou ainda de grau inferior, ordinariamente um tribuno da plebe[49]. O plebiscito romano era adotado pela assembleia da plebe, previa a escolha de magistrado para os plebeus e estendia sua incidência, posteriormente, sobre todos.

Os regimes autoritários e totalitários, comumente, se utilizam do plebiscito para mascarar e mistificar suas verdadeiras intenções. O "sim" e o "não" indicam situações subjetivamente antagônicas e induzem o eleitor a oferecer a opção mais consentânea com os desígnios do regime. É que clássico é reconhecido o risco de deterioração do mecanismo, perigo próprio aliás das fórmulas referendárias. Na França, a título ilustrativo, *o plebiscito assume identificação de referendo degenerado*, como anotam Pactet[50], Pierre Avril e Jean Gicquel[51]. Neste território, a consulta popular tem sido utilizada no sentido de voto de confiança pessoal a um determinado indivíduo, a exemplo dos acontecimentos que marcaram o Primeiro e o Segundo Império, como também a Velha República[52].

O Documento Constitucional de 1988 prevê o plebiscito na sua postura de *consulta sobre uma questão política determinada, antes de subordinada à apreciação do Poder Legislativo*. Nesta perspectiva o disposto no art. 2º, da Lei Federal n. 9.709/98, texto que, finalmente, veio regulamentar os mecanismos de intervenção direta. Oportuno recordar, porém, que sua presença na textura constitucional brasileira não é inovadora. Como acima anotado, plebiscito era previsto, também, na Carta de 1937, a que nunca se aplicou e que viu o dispositivo permanecer absolutamente ocioso e em estado de letargia[53].

O constituinte brasileiro de 1988 impôs sua realização, ainda, para a captação da vontade dos munícipes, nos casos de criação, fusão ou

desmembramento de municípios, bem como para a criação de Estados novos ou Territórios. E, mais até, determinou sua concretização em 1993, cinco anos após a promulgação da Constituição de 1988, colocando à apreciação da cidadania a forma e o sistema de governo[54].

De presença mais destacada na democracia semidireta e nas sociedades políticas modernas, o *referendo* ocupa espaço privilegiado em inúmeros documentos constitucionais, a exemplo da França, Finlândia, Grécia, Irlanda, Itália, Suíça, Países Baixos, Espanha, Austrália, Luxemburgo, Alemanha, Brasil, Portugal...

Nos Estados Unidos, a participação direta não é prevista em esfera federal. No entanto, os americanos reivindicam a primazia na utilização do referendo entre as modernas democracias. É que em 1778, por *referendum* no Estado de Massachusetts, a Constituição local foi submetida a seus habitantes. E, hoje, com exceção de Delaware, todos os demais Estados o contemplam, haja vista o referendo realizado na Califórnia, por ocasião das eleições gerais de novembro de 2008, quando, por consulta popular, foi banida a autorização para "*gay marriage*", anteriormente aprovada e legalizada por decisão da Suprema Corte do Estado[55].

Com efeito, a prática referendária se encontra instalada na história dos direitos políticos, com avanços e retrocessos. Desde 1798 os suíços contam com este mecanismo de democracia semidireta em sua constituição e, apesar de praticarem a democracia representativa, pode servir de exemplo da adoção do referendo em toda a sua plenitude, acolhido até como requisito para a revisão constitucional e aprovação dos tratados internacionais. Na Itália, após uma forte relutância quanto à aplicação do instrumento previsto na Constituição de 1947, esse passou a ser habitual e até excessivo[56]. Ilustrativo o exemplo espanhol, onde, após quarenta anos de regime franquista, o referendo de 15 de dezembro de 1976 reintroduziu o modelo eleitoral, o sufrágio universal direto. Na Grécia, o referendo de 8 de dezembro de 1974, encerrado o período da ditadura dos coronéis, permitiu que a Assembleia Nacional procedesse à confecção de uma constituição de índole republicana. Pois bem, na Alemanha, o referendo penetra em esfera constitucional sob a Constituição de Weimar, de 1919, sendo que o modelo adotado, de larga influência no desenvolvimento constitucional, inspirou o constituinte austríaco dos anos 20, que, para a alteração total da Magna Lei, previu a consulta popular. E, na Dinamarca, o referendo avulta como

“último recurso assegurado à minoria”.

Na Suíça, o reino do referendo, ele é entendido como uma votação que permite aos cidadãos tomar posição sobre questões determinadas. De modo geral, a figura do *referendo penetra no espectro político na categoria de consulta popular com vistas à aprovação ou rejeição de uma propositura legal*. Pressupõe a participação, pelo voto, para a apreciação, *a posteriori*, de projeto de iniciativa dos governantes/representantes.

A nossa Constituição cidadã, de 1988, não ignorou este peculiar instrumento de intervenção direta da cidadania no polo de produção das decisões políticas. Previu-o e o fez de forma pioneira, oferecendo-lhe *conteúdo de manifestação do corpo eleitoral sobre textos normativos*. Essa linha é identificada, outrossim, no tratamento outorgado pela Lei Federal n. 9.709/98 que o preconiza como *consulta à população acerca de norma – quer produzida pelo Legislativo, quer pelo Executivo (art. 2º).*

A esse passo, aliás, oportuno o registro quanto à edição da Lei n. 9.709, em 1998, documento para o qual contribuiu de forma especial o esforço do Senador Marco Maciel, que já em 1991 apresentava o projeto de lei /Senado/ n. 201 com a finalidade de *regulamentar a execução do disposto no artigo 14, I, II e III da Constituição Federal*. Disciplinado o procedimento, restou – contudo – à competência exclusiva do Congresso Nacional a sua autorização (artigo 49, CF) e a convocação por via de decreto legislativo. E mais, nos termos do artigo 10 do referido texto legal, para o seu resultado – aprovado ou rejeitado – é exigido o *quorum* de maioria simples.

Em particular, no Brasil, pode-se destacar o referendo de 1963, preconizado pela Lei Complementar n. 2/1962, consulta que, todavia, vem sendo acoimada de “plebiscitária” por submeter à votação popular uma verdadeira questão política. Mas, em 2005, a prática do referendo foi inaugurada, convocando-se o corpo eleitoral a se manifestar sobre o artigo 35 do Estatuto do Desarmamento (Lei Federal n. 10.826/2003). Nesta oportunidade, a resposta popular negou vigência ao já aludido preceito – artigo 35.

Consagrada a interveniência direta dos eleitores – dos que exercem o direito de sufrágio – na confecção e consolidação das normas, importa no retorno ao velho debate que apresenta como tema central a dual visão da soberania: soberania nacional e soberania popular. Admitida a hipótese de

que a soberania pertence ao povo como um todo, tanto o referendo quanto o plebiscito são institutos a merecer aplauso. Ambos configuram mecanismos aptos a recolher a vontade de todos em determinado espaço territorial e em tempo determinado.

Isto, contudo, fere a soberania nacional. Esta se fundamenta na representação, no mandato que confere ao parlamentar competência para se pronunciar pela nação como um todo. Neste quadro, todavia, o parlamentar se transfigura em verdadeiro usurpador da efetiva vontade popular e a vontade do eleitor deixa de marcar presença. A soberania, afastadas as atenuantes introduzidas pelo plebiscito e referendo, viria a se apresentar como mera soberania parlamentar, com o domínio e a monopolização da decisão política pelos detentores de mandato eletivo.

Há, por derradeiro, *a iniciativa popular*, prevista pela Constituição de 1988 como instrumento de participação direta dos cidadãos. Inovador, inaugura sua trajetória em panorama doméstico exatamente com a edição do Estatuto Fundamental de 1988. Constitui um incentivo à intervenção dos eleitores na produção legislativa, conferindo-lhes a iniciativa das leis.

Imaginaram os idealizadores do novo instituto que, com a sua inserção no mundo constitucional pátrio, pudesse ocorrer um distanciamento de eventual concepção elitista da legislação, abrindo a possibilidade a todos os setores sociais para contribuírem no campo legislativo, defendendo interesses específicos. Ocorre que, contemporaneamente, há uma tendência à *delegificazione*. Isto é, apresenta-se um fenômeno de progressiva redução da área de presença propriamente legislativa e, por vontade do legislador, um incremento das áreas disciplinadas pela Administração.

Há, ainda, contrariamente ao desenvolvimento da iniciativa popular, situações inerentes à sociedade contemporânea, onde o imediatismo se coloca em confronto com o moroso processo legislativo e, mais até, o excesso de informações conduz as pessoas à despolitização. Ainda mais, o fenômeno da judicialização da política ou da politização da justiça ocasiona a emergência do Judiciário com um novo *status*, oferecendo-se este na categoria de novo polo produtor da norma jurídica, sempre com a meta de preservar e concretizar democracia plasmada na Constituição[57].

Embora o instituto da iniciativa popular marque presença nos três níveis de governo – federal, estadual e municipal –, a sua utilização se resume, hoje, a uma só proposta vencedora, que logrou alcançar o patamar de lei (o

artigo *41*–A da lei das eleições, Lei n. 9.504/97, que sofreu este acréscimo pelo advento da Lei n. 9.840, de 28 de setembro de 1999). De díficil operacionalização e aniquilado por outras fórmulas aptas a produzir novo direito, de ação mais célere e de maior potencial político de integração no ordenamento, o instituto da iniciativa popular ainda não atingiu sua finalidade de elevar o cidadão a legislador, por intermédio da oportunidade com que lhe acena de poder ter interveniência direta na fase da iniciativa legislativa.

Sob o impacto do quadro contemporâneo, em que se destaca um clima de *conflitualitá* de massa, emerge um novo e fértil campo à participação política, oriundo, principalmente, da exigência de conferir a grupos, a minorias, meios hábeis de defesa de seus interesses. E a Constituição da República Federativa do Brasil, *a Constituição Cidadã*, de 1988, não permaneceu silente albergando na sua arquitetura instrumentos assecuratórios que viabilizam a interferência da cidadania no polo decisional pelo poder de controle. O controle político a que conduzem – e isto se vislumbra cada vez mais claro – os processos constitucionais, quais sejam a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação popular, a ação de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção.

1 Bacharel em Ciencias Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado-OAB. Doutor em Direito. Foi professor titular de Direito Processual e coordenador do Curso de Especialização em Direito Empresarial, diretor da Faculdade de Direito e reitor da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor titular de Direito Constitucional na mesma instituição. Professor colaborador do curso de pós-graduação em Direito Político pela Universidade de São Paulo. Na esfera pública municipal atuou como Secretário dos Negócios Extraordinários (1974-1979), Secretário dos Negócios Jurídicos (1986-1989 e 2008 – dias atuais), Secretário de Planejamento (1993) e como Prefeito interino (1986-1989). No Governo do Estado de São Paulo foi Vice-governador (2002-2005) e Governador do Estado (2006). E no Governo federal chefiou o Gabinete do Ministro da Educação (1985-1986), foi Ministro da Educação interino e Assessor do Vice-presidente da República (1995-1997). Recebeu diversas honrarias, dentre elas a de *Doctor Honoris Causa*, em três universidades e um centro universitário. Possui mais de seis obras publicadas e é colunista do *site* Terra.

2 Mestre, doutora e livre-docente de direito constitucional pela Faculdade de Direito da

USP. Professora associada de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP. Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Empresarial da UPM. Procuradora-Geral do Município de São Paulo (1994-1996). Secretária dos Negócios Jurídicos do Município de São Paulo (1995-1996), Procuradora do Município de São Paulo (1972-1996). Diretora cultural do CEPES, Presidente da CPG-FADUSP e consultora jurídica.

3 DAHL, Robert. *Análise política moderna*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981. p. 12.

4 ARENDT, Hannah. *Los origines del totalitarismo.* Madri: Taurus, 1974; *Responsabilidade e julgamento.* São Paulo: Cia. das Letras, 2004.

5 DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos.* Tradução Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2007 (Coleção Díke).

6 BORJA, Rodrigo. *Enciclopédia de la política.* México: Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 196-7.

7 BUENO, Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federal, 1978. p. 441.

8 BUENO, Pimenta. *Direito público, cit.,* p. 460.

9 BUENO, Pimenta. *Direito público, cit.,* p. 381-2.

10 BARBALHO, João. *Constituição Federal brasileira.* Comentários. Brasília: Senado Federal, 1992. p. 298.

11 BARBALHO, João. *Constituição, cit.,* Sup. – p. 10.

12 In: BARBALHO, João, *Constituição, cit.,* supra, p. 291.

13 NAZARIO, Diva Nolf. *Voto feminino & feminismo*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2009.

14 MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. IV, p. 38-40.

15 *Assis Brasil* foi um dos principais autores do Código Eleitoral de 1932, cujas linhas mestras se encontram presentes até os dias atuais na legislação eleitoral.

16 A vocação para o voto já foi objeto de nossa análise em trabalho publicado sob o título: *O Cidadão Eleitor. O Voto e o Papel que Desempenha no Quadro Brasileiro,* no livro *As vertentes do direito constitucional contemporâneo,* sob a coordenação de Ives Gandra da Silva Martins (Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2002).

17 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional.* Tomo VII. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 100.

18 ROUSSEAU, Jean Jacques. *Contrato social e outros escritos.* São Paulo: Cultrix, 1975. p. 96.

19 Em 1985, com o advento da Emenda Constitucional n. 25, à Constituição de 1967, *superou-se a histórica exclusão do analfabeto do corpo eleitoral*. A atual Constituição de 1988 manteve e consagrou a incorporação do analfabeto no rol de eleitores. Restou mantida, ainda, a vedação quanto à candidatura.

20 Nesse sentido, a lição de André e Francine Demichel (*Droit Électoral*, 1973, LD. Paris), e de Jean-Claude Maclet (*Droit Électoral*, 1989, Paris: PUF).

21 A regra da irrelegibilidade estreia, entre nós, com o texto da Constituição republicana de 1891(art. 43), afigurando-se ausente tão só na Carta de 1937.

22 Lembra NOHLEN que a fundamentação mais sólida a sustentar a regra da não reeleição foi a experiência histórica, latino-americana, onde comum se apresentava a prática de um presidencialismo peculiar, com uma larga tendência à perpetuação no poder e ao consequente clima de fraude eleitoral (NOHLEN, Dieter. *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina.* México: Fondo de Cultura Económica, 1998).

23 A regra da possibilidade de recondução do Chefe máximo do Executivo, para mais um mandato consecutivo, encontra guarida na evolução do sistema presidencialista norte-americano, quando, no ensejo de se recusar *"replay"* à pretensão do Presidente

Roosevelt de concorrer a um terceiro e quarto mandatos, foi consagrada, em esfera constitucional, com o advento e a retificação da Emenda n. XXII, a possibilidade de se pleitear uma e uma só vez a reeleição. No panorama sul-americano, contudo, a prática afigura-se rara e de recente introdução. É o que denota a mais breve incursão no quadro dos sistemas eleitorais ali em vigor, onde se destacam, hoje, os exemplos da Argentina, Peru, Venezuela, Uruguai e Colômbia, que passaram a agasalhar referida postura, viabilizando a manutenção no poder dos respectivos Presidentes, até por mais de dois mandatos.

24 Entre nós, era da tradição eleitoral a edição de um texto legal específico para cada pleito. Destarte, louvável a ação do legislador, produzindo um documento com o ar de generalidade e permanência, *buscando, assim, evitar o casuísmo típico da esfera eleitoral.* Aguarda-se, porém, com curiosidade, verificar em que medida a Lei n. 9.504/97 resistirá ao tempo.

25 "...sobre o direito de votar em todo ato de soberania, *direito que ninguém pode subtrair ao cidadão*...", ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social e outros escritos.* Tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cutrix, 1975, p. 105.

26 CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoria general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica. p. 1159. Aliás, interessante notar a posição defendida por CARRÉ DE MALBERG. Nessa linha registra: detém "*o eleitor o poder de concorrer para a constituição do corpo eleitoral e de participar na consulta geral destinada a dar a conhecer a vontade do referido corpo. O eleitor tem um direito subjetivo*" (a tradução do espanhol é nossa).

27 *DAHL, Robert. Qui gouverne*. trad. de Pierre Birman e Pierre Birnbaum. Paris: Librairie Armand Colin, 1971. p. 1.

28 Instrução n. 55 – Classe 12ª – Distrito Federal (Brasília)/ Relator Ministro Fernando Neves.

29 A ideia de *vinculação* não se apresenta novidadeira em território doméstico. Já fora utilizada na década de 1980 (ver nesse sentido o nosso *Sistemas eleitorais X Representação política*. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 1990), com o escopo de robustecer o desempenho eleitoral do partido situacionista (Lei n. 6.978, de 19 de janeiro de 1982 – art. 8º – com a redação dada pela Lei n. 7.015, de 16 de julho de 1982), já em franco processo de desgaste. À época, a vinculação apresentava-se numa linha horizontal, atingindo os pleitos estaduais para a eleição de Governador, Senador, Deputados Federais e Deputados Estaduais. E, diante dessa limitação a intimidar a exteriorização da vontade política, decorrente da obrigatoriedade de votar em candidatos de um só partido, surgiu o célebre *voto camarão*, figura desenvolvida a partir da possibilidade de abstenção do eleitor. Poderia este votar em qualquer candidato, desde que não declarasse o seu voto quanto ao cargo majoritário, cabeça da chapa, que era o de Governador. Assim, pois, conclamava o partido governista, no ensejo de salvar seus candidatos e diante da manifesta repulsa pelo candidato oficial ao Governo do Estado, a que o eleitor votasse nos candidatos da chapa, cortando, no entanto, a cabeça desta, isto é: recomendava-se a abstenção quanto à eleição para governador.

30 É o art. 16 da Constituição Federal, inserido pela EC n. 4/93, que dispõe: "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".

31 A regra pertinente ao estabelecimento do número de eleitores está presente na Constituição Federal, no capítulo destinado aos municípios – como membros integrantes da federação e, portanto, gozando de autonomia – isto é, Capítulo IV, do Título III. O art. 29, IV, é claro no tocante à formula constitucional, restando a cargo da Lei Orgânica de cada um destes entes o ato da fixação.

32 Desde 1979, marco do retorno ao pluripartidarismo, e ao longo destes 30 anos de

história, o quadro partidário, no Brasil, vem timbrado por intensa flutuação, resultante, de fato, de um processo de proliferação que é natural ao momento de redemocratização e abertura política. A florescência de partidos, dos mais variados quanto à cor política, ideologia e grandeza, passou a ser considerada como um dos caracteres de identificação do espectro de partidos em território brasileiro, que chegou a contar com cerca de 130 agremiações. *Nesse período, no entanto, 53 partidos foram extintos e 34 nem sequer lograram o registro provisório junto à Justiça Eleitoral.* O último momento deste período de explosão partidária posiciona-se no ano de 1989, quando, diante do movimento dos grandes partidos no sentido de impedir o ingresso de novos "nanicos", presenciou-se ao registro de 22 siglas.

33 LEMBO, Cláudio. *Participação política e assistência simples.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 70.

34 Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em obra publicada em 1977, define o modelo pasteurizado como "o partido de estrutura democrática, escolhidos pelas bases seus dirigentes, limpo de corrupção, com fontes puras de financiamento, de atuação permanente, contribuindo para a formação política do povo" – *Sete vezes democracia.* São Paulo: Convívio, 1977.

35 Ver Acórdão proferido nos Embargos de Declaração no Recurso Ordinário n. 748-Classe 27ª Pará (Belém), publicado no *DJ* em 07.04.2006, fls. 165.

36 Conforme disposto no art. 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal.

37 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución.* Barcelona: Ariel, 1976.

38 VALDÉS, Roberto L. Blanco. *Los partidos políticos.* Madrid: Tecnos, 1997.

39 DUVERGER, Maurice. *Institutions politiques et Droit Constitutionnel*. Paris: PUF, 1971; ver também do autor *Partidos políticos*. Tradução de Cristiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

40 LEIBHOLZ, Gerhard. *La representazione nella democrazia.* Milano: Giuffrè, 1989.

41 BARRACHO, José Alfredo de Oliveira. *A teoria geral do direito eleitoral e seus reflexos no direito eleitoral*, p. 67.

42 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*.

43 LEMBO, Cláudio. *Participação política*, cit., supra.

44 Sobre o tratamento dado à questão da fidelidade partidária e histórico da solução oferecida pelo Poder Judiciário, consultar *O voto nas Américas*, obra coletiva, Coleção Culturalismo Jurídico. Barueri, Manole/CEPES, 2008.

45 DUVERGER, Maurice. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Paris: PUF, 1971.

46 PACTET, Pierre. *Institutions politiques* – Droit constitutionnel. 9. ed. Paris: Masson, 1989.

47 Ver sobre a matéria: CAGGIANO, Monica Herman S. *Oposição na política.* Propostas para uma rearquitetura da democracia. São Paulo: Angelotti, 1995.

48 Ver CAGGIANO, Monica Herman S. *Oposição na Política*, cit., supra, e LEMBO, Cláudio. *Participação política*, cit., supra.

49 NAMUR, P. *Cours d'institutes et d'histoire du droit romain.* Bruxelas: Bruylant, 1888.

50 PACTET, Pierre. *Institutions*, cit., supra.

51 AVRIL, Pierre et GICQUEL, Jean. *Droit constitutionnel*, Lexique. Paris: PUF, 1974.

52 Vejam-se os criticados plebiscitos do General De Gaulle, em 1969, e o comandado por George Pompidou em 1972. Ingressaram na história sob a conotação de mera questão de confiança colocada pelo Chefe do Executivo ao país, afastando os partidos políticos do debate.

53 Ver neste sentido o item dedicado à análise dos *direitos políticos*: Evolução no constitucionalismo brasileiro.

54 Um estudo detalhado sobre estes mecanismos de atuação direta da cidadania, no polo

decisional (plebiscito, referendo, iniciativa popular etc.), foi elaborado por FERREIRA, Fausto Dalmaschio, constituindo-se na sua tese de láurea, junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob o título *Democracia semidireta e o cesarismo:* uma análise dos efeitos políticos do plebiscito e do referendo sobre a democracia. São Paulo, 2008.

55 Veja-se a notícia in *The Economist*, novembro 8th, 2008, p. 10. Sobre o referendo praticado no âmbito dos Estados norte-americanos, consulte-se, ainda, FERREIRA, Fausto Dalmaschio, tese de láurea junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, *Democracia semidireta e o cesarismo, cit.*

56 Veja-se LEMBO, Cláudio. *Participação política,* cit., supra.

57 Sobre o tema ver CAGGIANO, Monica Herman S. A emergência do Poder Judiciário como contraponto ao bloco monocolor Legislativo/Executivo. In: *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009.

Poder Legislativo

Alexandre de Moraes[1]

SUMÁRIO

1. Introdução. **2.** Regime presidencialista e surgimento do Poder Legislativo. **3.** Poder Legislativo e sistemas eleitorais. **4.** Câmara dos Deputados. **5.** Senado Federal. **6.** Estatuto dos congressistas. **7.** Constituição de 1988 e imunidades parlamentares. **8.** Conclusão.

1. Introdução

A Constituição Federal consagrou em seu art. 2º a tradicional tripartição de Poderes, ao afirmar que são Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, que, no dizer de Paolo Biscaretti di Ruffia, se "apresentam como órgãos constitucionais dotados de plena independência, também sob o aspecto financeiro" (*Direito Constitucional*: instituições de direito público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 301).

Com base nessa proclamação solene, o próprio legislador constituinte atribuiu diversas funções a todos os Poderes, sem, contudo, caracterizá-la com a *exclusividade absoluta*. Assim, cada um dos Poderes possui uma função *predominante*, que o caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras funções previstas no texto constitucional. São as chamadas funções típicas e atípicas, que caracterizam cada um dos Poderes, dentre eles o Poder Legislativo.

Em seu art. 44, a Constituição Republicana de 1988 consagra a autonomia do Poder Legislativo, como o fizeram a Constituição Política do Império, jurada a 25-3-1824 (arts. 13 a 69; arts. 90 a 144; arts. 151 a 164; arts. 174 a 178), a Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil, promulgada a 24-2-1891 (arts. 16 a 62 e arts. 89; 90; 91); a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada a 16-7-1934 (arts. 22 a 49; arts. 51 a 105; arts. 122; 178; 179; 180; 181; 182); a Constituição dos

Estados Unidos do Brasil, outorgada a 10-11-1937 (arts. 11 a 14; arts. 38 a 56; arts. 64 a 66; arts. 73 a 114; art. 174); a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada a 18-9-1946 (arts. 37 a 72; arts. 78 a 128; arts. 200; 217); a Constituição do Brasil, promulgada a 24-1-1967 (arts. 29 a 62; arts. 71 a 88; arts. 107 a 139), com a Emenda Constitucional n. 1, de 17-10-1969 (arts. 28 a 59; arts. 70 a 85; arts. 94 a 96; arts. 112 a 144).

As funções típicas do Poder Legislativo são *legislar* e *fiscalizar*, tendo ambas o mesmo grau de importância constitucional. Dessa forma, se por um lado a Constituição prevê regras de processo legislativo, para que o Congresso Nacional elabore as normas jurídicas, de outro, determina que a ele compete a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo (CF, art. 70).

As funções atípicas constituem-se em *administrar* e *julgar*. A primeira ocorre, exemplificativamente, quando o Legislativo dispõe sobre sua organização e operacionalidade interna, provimento de cargos, promoções de seus servidores; enquanto a segunda ocorrerá, por exemplo, no processo e julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade.

No exercício de suas funções, os membros do Poder Legislativo estão resguardados por um protetivo rol de prerrogativas e imunidades; bem como por algumas incompatibilidades, tratadas no art. 53 e seguintes; no que se denomina *Estatuto dos Congressistas.*

O Poder Legislativo Federal é bicameral e exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, diferentemente dos estaduais, distritais e municipais, onde é consagrado o unicameralismo (CF, arts. 27, 29 e 32).

O bicameralismo do Legislativo Federal está intimamente relacionado à escolha pelo legislador constituinte da forma federativa de Estado, em um regime presidencialista, pois no Senado Federal encontram-se, de forma paritária, representantes de todos os Estados-membros e do Distrito Federal, consagrando o equilíbrio entre as partes contratantes da Federação.

Dessa forma, o entendimento real das importantes funções a serem realizadas pelo Poder Legislativo somente pode ser compreendido ao analisar-se, historicamente, seu surgimento com o regime presidencialista norte-americano, a partir de uma derivação do parlamentarismo inglês.

2. Regime presidencialista e surgimento do Poder Legislativo

A história da existência de um Poder Legislativo, dentro de um regime de governo presidencialista, como adotado pelo Brasil, inicia-se com a Constituição norte-americana de 1787; a análise de suas características, bem como do desenvolvimento de seus institutos, vem sendo realizada desde os escritos de Jay, Madison e Hamilton, nos artigos federalistas, publicados sob o codinome *Publius*, durante os anos de 1787-1788, até os dias de hoje, e mostra que se trata de um regime de governo baseado principal e quase unicamente em uma figura central – *o Presidente da República* (COOLEY, Thomas McIntyre. *The general principles of constitutional law in the United States of America*. 3. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1898. p. 52; ROBISON, Donald L. *To the best of my ability:* the presidency the constitution. New York: W. W. Norton & Company, 1987. p. 18-19).

No processo dinâmico da História, a separação de poderes no regime presidencialista apresenta mudanças, inicialmente caracterizadas por um processo político-autoritário e centralizador, em torno da figura presidencial; e mais modernamente, em uma tentativa de ampliação dos poderes de controles parlamentares e judiciais em relação ao Executivo, para garantia de maior estabilidade democrática.

A luta pela concretização democrática, especialmente na América Latina e África, que seguiram o modelo presidencialista norte-americano, tem gerado grandes debates sobre as difíceis escolhas sobre modelos institucionais a serem implantados a fim de garantir-se, na gestão dos negócios públicos, o necessário equilíbrio entre os diversos órgãos detentores do poder estatal, bem como a possibilidade de controle e fiscalização a ser realizados pelo Poder Legislativo (Conferir a esse respeito: MARCH, James G., OLSEN; Johan P. O novo institucionalismo: fatores organizacionais na vida política. *Revisão de Ciência política Americana n. 78*, set. 1984. p. 738; RAE, Douglas. *A consequência política de leis eleitorais.* New Heaven: Imprensa da Universidade de Yale, 1967. p. 30 ss.; SHUGART, Mathew Soberg; CAREY, John. *Presidentes e assembleias.* Cambridge: Imprensa da Universidade de Cambridge, 1992, 11 ss.; MCCUB- BIN, Mathew; SULLIVAN, Terry. *Congresso:* estrutura e

política. Cambridge: Imprensa da Universidade de Cambridge, 1987. p. 13 ss.*)*.

Foi a Constituição norte-americana que, ao criar o regime presidencialista, trouxe a existência de um Poder Legislativo aos moldes de nosso atual Congresso Nacional.

Em 1887, em seu centenário, o estadista inglês William Gladstone afirmou que a Constituição dos Estados Unidos "era a mais maravilhosa obra jamais concebida num momento dado pelo cérebro e o propósito do homem".

É importante salientar, dentro dessa perspectiva da "*mais maravilhosa obra jamais concebida*", que a questão do regime presidencialista, com seus três poderes atuando em harmonia, em substituição ao tradicional parlamentarismo, foi uma das mais discutidas durante a Convenção norte-americana.

A Constituição dos Estados Unidos da América foi aprovada por estreita margem de convencionais. Nas convenções de ratificação nos Estados, poucos votos separaram as forças pró-Constituição (os federalistas, como eram chamados) e os opositores derrotados da Constituição (conhecidos como antifederalistas), ou seja, poucos votos de diferença garantiram a criação do regime presidencialista de governo, copiado em sua essência por diversos países, entre eles o Brasil Republicano, em 1891, e atual, em 1988.

O problema governamental central, discutido por Platão, Aristóteles e Rousseau, entre outros, e que permanece latente e de fundamental importância no presidencialismo, é como uma comunidade consegue ser um Império de Leis, e não de Homens; e, consequentemente, como conseguirá fortalecer seu Legislativo.

Platão afirmou que "onde a lei está submetida aos governantes e privada de autoridade, vejo pronta a ruína da cidade; onde, ao contrário, a lei é senhora dos governantes e os governantes seus escravos, vejo a salvação da cidade a acumulação nela de todos os bens que os deuses costumam dar às cidades" (*Leis*, 715d). Após indagar – É mais útil ser governado pelo melhor dos homens ou pelas leis melhores? –, Aristóteles posiciona-se pela necessidade de o governante estar submetido à lei, pois "a lei não tem paixões, que ao contrário se encontram necessariamente em cada alma humana" (*Política*, 1286 a). Por sua vez, Rousseau apontava que "aquele que manda nos homens não deve dominar sobre as leis" (*O contrato social*. Tradução de Antonio Machado. Rio de Janeiro: Ediouro, 1994, cap. 7).

Esse problema leva-nos a uma segunda questão de primordial importância, sobre como nos certificar de que mesmo o Poder Executivo extraordinário, exercido por um Príncipe ou Presidente, é governado e responsável perante a lei e perante o Poder Legislativo – isto é, como termos certeza de que "a espada que executa a Lei *está baseada nela*, e *não acima dela*"(TRIBE, Laurence H. *American constitutional law.* 3. ed. New York: New York Foundation Press, 2000. v. 1. p. 630 ss.).

Na verdade, essa tendência legalista e de respeito ao órgão legislador, trazida ao presidencialismo, nada mais refletiu do que a própria cultura política inglesa, herdada pelas ex-colônias independentes.

Essa cultura realizou em 1215, com a Magna Carta, a primeira tentativa legal anglo-saxônica de controlar efetivamente o detentor do Poder Executivo (SIEGAN, Bernard H. Separation of powers: economic liberties. *Notre Dame Law Review.* Notre Dame, ano 3, v. 70, 1995, p. 419). Os barões da Inglaterra extraíram do Rei João, sob a ameaça das forças militares, a promessa solene e escrita de respeitar direitos básicos e privilégios feudais (M*agna Charta Libertatum*, de 15 de junho de 1215. Jorge Miranda nos informa que foi confirmada seis vezes por Henrique III, três vezes por Eduardo I, catorze vezes por Eduardo III, seis vezes por Ricardo II, seis vezes por Henrique IV, uma vez por Henrique V e uma vez por Henrique VI – MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do direito constitucional.* 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 1990. p. 13).

A tentativa de controle efetivo do Poder Executivo evoluiu para a construção do regime parlamentarista, que serviu de paradigma para a criação do Poder Legislativo dentro do regime presidencialista.

O regime parlamentar, diferentemente da criação presidencial pragmática jurídico-política dos norte-americanos, surgido e desenvolvido historicamente em quase todos os países europeus durante o Estado medieval, na forma de instituições políticas genericamente denominadas *parlamentos* ou *Cortes Gerais*, ou ainda *Estados Gerais*, quase sofreu profunda mutação para ser plantado em solo americano, o que não viria a ser novidade, em face das grandes transformações históricas sofridas pelo parlamentarismo em virtude de condições sociais, políticas e culturais dos diversos povos que o adotaram como regime de governo.

Como salientado por James Bryce, "na Inglaterra, uma monarquia, primeiro tribal e depois feudal, transformou seus modestos começos no

segundo império mundial – certamente, muito diferente do tipo romano –, ao mesmo tempo que a forma primitiva de governo se transformou paulatinamente, através de uma série de lutas e esforços, guiados por um propósito apenas semiconsciente, em um sistema monárquico. Este sistema se converteu no século XVIII em ponto de partida de toda a filosofia política moderna, e no século XIX chegou a ser modelo para quase todos os projetos de organização política representativa e livre, surgidos ora no velho mundo, ora em novos países"(BRYCE, James. *Constituciones flexibles y constituciones rígidas.* 2. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962. p. 11. Conferir, ainda: DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the constitution.* London: Macmillan, 1945. p. 39 ss. Em relação ao surgimento do Parlamento, Raul Machado Horta salienta que "o regime parlamentar não surgiu acabado e completo no texto normativo da Constituição. O modelo mais antigo desse regime, que é o britânico, recolheu as regras institucionais do regime parlamentar nas regras não escritas, nas convenções e nos costumes políticos" – HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional.* 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 650).

Apesar das grandes diferenças entre o *parlamento medieval* e o *parlamento moderno*, que reflete a enorme diferença existente entre o Estado medieval e o Estado moderno, podemos apontar várias semelhanças embrionárias que demonstram ser o *parlamento medieval* a gênese do *parlamento moderno*, pois a estrutura complexa e variada do Estado medieval gerou a complexa estrutura dos Parlamentos; enquanto a maior homogeneidade do Estado moderno gerou uma maior semelhança na composição dos diversos Parlamentos (COTTA, Maurizio. *Dicionário de política.* 5. ed. Brasília: UnB, 2000. v. 2. p. 878. Coordenação de BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco).

Os *parlamentos medievais* surgiram embrionariamente a partir da reunião do corpo político em torno do soberano, composto por nobres feudais e eclesiásticos, e passam a ser denominados *curia* ou de *consilium regis*. Com a crescente evolução participativa dos representantes dos centros urbanos, em face do aumento da importância da atividade econômica e social das cidades, a *curia* ou o *consilium regis* amplia-se e transforma-se em organismos de discussão de caráter fortemente profissional e especializado, *relegando a segundo plano sua ligação umbilical com o soberano e adquirindo maior autonomia*.

Nessa época, aproximadamente séculos XII a XIV, o *Magnun Consilium* amplia-se e passa a ser denominado *Parlamentum* e possui maior autonomia em face do poder real.

Todavia, a ascensão do *parlamento* apenas se dá com a Revolução Gloriosa de 1688, quando o Parlamento inglês obtém importante vitória política em face do poder real, inclusive com a proclamação do *Bill of Rights* (1689), que, além de reafirmar a existência de direitos fundamentais, consagrava os poderes do Parlamento e introduzia normas sobre divisão dos poderes, tornando-se modelo institucional para o atual *sistema parlamentarista.*

Essa época é identificada como o nascedouro institucional do *parlamento moderno.*

O modelo moderno do *regime parlamentar*, que influenciou a República Norte-americana, e, posteriormente, a brasileira, era composto por duas Câmaras legislativas, pois, como definido por Maurice Duverger, "na terminologia inglesa, o Parlamento é o conjunto das duas câmaras (Câmara dos Lordes e Câmara dos Comuns) unidas ao Rei para tomada das decisões ordinárias" (DUVERGER, Maurice. *Droit constitutionnel et institutions politiques.* Paris: Presses Universitaires de France, 1955. p. 251. Conferir, ainda: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O parlamentarismo.* São Paulo: Saraiva, 1993. p. 5).

A primeira casa legislativa é a Câmara dos Comuns, composta por 625 deputados eleitos diretamente pelo povo; a segunda casa legislativa é a Câmara dos Lordes, que, segundo observação de Maurice Duverger, "é uma das últimas Câmaras aristocráticas existentes no mundo. Sua composição é complexa. É formada por 799 membros hereditários, escolhidos pelo Rei na data ao longo da história inglesa (1707, 1707-1801 e depois de 1801). São 21 duques, 27 marqueses, 133 condes, 93 viscondes e 524 barões. Além deles, há 16 membros representando a Escócia".

A origem do *Parlamento, e, consequentemente, do atual e moderno regime parlamentar, portanto, foi decorrência da evolução política das instituições inglesas, pois a partir de 1691 o poder na Inglaterra dividiu-se institucionalmente entre o Rei e o Parlamento.*

Nesse sentido, Maurice Duverger aponta ser "banal dizer que o regime parlamentar britânico é produto da história. Ele foi constituído progressivamente por partes e caminhos sucessivos, sem planos

premeditados nem projetos gerais. Assim, não é possível estabelecer uma lógica interna muito rigorosa" (DUVERGER, Maurice. *Droit constitutionnel et institutions politiques.* Paris: Presses Universitaires de France, 1955. p. 254).

Com o advento do constitucionalismo houve a transposição dessa conquista para o texto escrito das constituições europeias. Trata-se da *racionalização do parlamentarismo*, que consiste na subordinação da atividade política à norma jurídico-constitucional, e não mais às regras convencionais, base do regime parlamentar até o século XIX.

Mirkine-Guetzévitch salientou a importância da constitucionalização da prática parlamentar na Europa, apontando que, "formulando e confirmando, como o fez, o parlamentarismo, a Europa nova foi muito mais longe que as nações ocidentais do parlamentarismo 'clássico'. Esta nova concepção, que apareceu nos textos das Constituições europeias, transformou o costume em uma fórmula exata do direito escrito. As Constituições já não se limitam a formular em termos gerais e vagos a responsabilidade política dos ministros. Ao contrário, as diversas Constituições estabeleceram, com mais ou menos precisão, o próprio princípio do parlamentarismo; introduziram igualmente o processo interessante do voto de desconfiança, germe de uma forma de processo constitucional do parlamentarismo. Ao lado destas novas formas do parlamentarismo nitidamente definido, ligado ao princípio, característico de todas as novas Constituições, da supremacia do poder legislativo, vê-se surgir o *referendum*. E este *referendum* novo adquire um sentido político totalmente diferente do *referendum* suíço ou americano" (MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. *As novas tendências do direito constitucional.* São Paulo: Editora Nacional, 1933. p. 188).

Dessa forma, o surgimento e o desenvolvimento do parlamentarismo representaram o desafio de acomodar um Poder Executivo forte e vigoroso dentro de um enquadramento das regras da lei e controle por um órgão colegiado e representativo.

Esse modelo serviu de paradigma para os convencionais norte-americanos criarem um novo regime de governo, inédito e brilhante, surgido das antigas estruturas da monarquia constitucional inglesa, mas que muito dela se desviou.

A origem do presidencialismo norte-americano foi, portanto, resultado da elaboração jurídico-política, dos "pais fundadores" dos Estados Unidos da América reunidos em Filadélfia, da Constituição de 1787, que, em um

primeiro momento, foi fortemente marcada pela influência parlamentar britânica, mas acabou por gerar um sistema que tenta equilibrar três poderes autônomos e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Como salientado por Alexis de Tocqueville, ao analisar as condições políticas americanas que possibilitaram o surgimento do presidencialismo, "o vínculo da língua talvez seja o mais forte e o mais duradouro que possa unir homens. Todos os emigrantes falavam a mesma língua; todos eram filhos de um mesmo povo. Nascidos num país agitado desde havia séculos pela luta dos partidos e em que as facções tinham sido obrigadas, sucessivamente, a se colocar sob a proteção das leis, sua educação política fizera-se nessa rude escola, e viam-se difundidas entre eles mais noções dos direitos, mais princípios de verdadeira liberdade do que entre a maioria dos povos da Europa. Na época das primeiras emigrações, o governo comunal, esse germe fecundo das instituições livres, já havia profundamente impregnado os hábitos ingleses, e, com ele, o dogma da soberania do povo se introduzira no próprio seio da monarquia dos Tudor" (TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América* – leis e costumes. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 37).

Essa tentativa de controle do exercente do cargo executivo, surgida de maneira mais acentuada com a Magna Carta, que evoluindo para o fortalecimento dos Parlamentos, em detrimento de um Poder Central Executivo forte e personalizado na figura do Rei, foi amplamente discutida e analisada pelos *pais fundadores* norte-americanos, pois, como apontou Isaac Kramnick, "supunha-se que a chamada parte executiva do governo era a única perigosa" (Comentários de Isaac Kramnick, na apresentação da obra. MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist papers 1787 – 1788.* Edição integral. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 19).

Essa realidade é facilmente constatada quando se analisam as legislações estaduais das antigas 13 colônias britânicas, logo após a independência norte-americana.

Passou-se a operar a denominada *política de liberdade* pela qual os novos Estados afastavam do sistema de governo a figura dos governadores, cujo centralismo de poder fora tão grande no período colonial, e delegaram o controle político às assembleias colegiadas.

Nas constituições da Pensilvânia e de New Hampshire inexistia a figura

do governador, e em oito outras constituições o chefe de governo deveria ser escolhido pelo legislativo, nos moldes do parlamentarismo inglês.

Igualmente, as constituições estaduais restringiam os direitos do exercente do Poder Executivo, com exceção do Estado da Carolina do Sul, seja por eliminar a atuação do governador no processo legislativo, seja por prever que as nomeações políticas fossem quase na totalidade reservadas ao legislativo (Comentários de Isaac Kramnick, na apresentação da obra. MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist papers 1787 – 1788*. Edição integral. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 12).

Inicialmente, os *pais fundadores americanos* pretendiam garantir nos Estados Unidos da América a transferência de poder dos cargos administrativos para os seus legislativos estaduais, evitando a continuidade do abuso do poder político, que na década anterior tinha se organizado como uma estrutura autônoma, mesmo em relação à Coroa Britânica.

Pretendia-se, pois, implementar um regime de governo semelhante ao Parlamentarismo constitucional inglês, sem, porém, a figura do Rei.

A realidade demonstrou, contudo, a necessidade de fortalecimento do poder central personificado, seja pela tradição anglo-saxã de fidelidade ao Rei, seja pela necessidade de manter-se a coesão nacional, existente durante a Guerra de Independência em torno na figura de George Washington.

Como salientado por Benjamin Franklin, ardoroso defensor da Constituição, “estivemos nos protegendo contra um mal a que Estados mais antigos estão sujeitos, o excesso de poder dos governantes, mas o perigo que agora nos ameaça parece ser a falta de obediência dos súditos”.

Com base nessa ideia, da necessidade de um governo central forte, personificado na figura do Presidente da República, foi preciso que os *pais fundadores* norte-americanos realizassem a conjugação dessa ideia com a manutenção das autonomias locais das antigas colônias, que já possuíam condições suficientes para se autogovernarem; era preciso para isso a realização de um pacto de união para permanecerem livres, pacíficas e reconhecidas pela comunidade internacional, uma vez que o federalismo deve ser entendido como forma de distribuição de poder.

A organização independente das antigas colônias, transformadas em membros de uma República, não poderia ser abolida. Havia a necessidade estrutural imperiosa de manterem-se, apesar da união dos Estados, os

governos locais, independentemente, como afirmou Hamilton, da extensão, qualificação ou objeto da autoridade federal (*The Federalist papers* n. IX).

A nova organização proposta pela Constituição norte-americana pretendia tornar todos os Estados integrantes da soberania nacional personificada na figura central do Presidente da República como chefe da Nação, mantendo-se, porém, mecanismos que preservassem a autonomia local, seja ao conceder aos Estados representação direta no Senado, seja por estabelecer importantes competências locais administrativas e legislativas.

A nova estrutura federal republicana, resultante da união dos Estados, assentava-se na necessidade de manterem-se as autonomias locais ao mesmo tempo em que se vislumbrava a possibilidade de um governo central que garantisse coesão e segurança geral (conferir a esse respeito: SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte-americano.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984. p. 75; DAHL, Robert. *Sobre a democracia.* Brasília: UnB, 2001. p. 137; HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional.* 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 305 ss; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo.* Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 47 ss.).

Tal necessidade de compatibilizar a presença de um governo central e as autonomias locais, em torno do qual os Estados se unem para garantir sua segurança, foi ressaltada anteriormente por Montesquieu, ao analisar as repúblicas federativas, tendo salientado que “ao que parece, os homens acabariam tendo sempre de viver sob o Governo de um só, se não tivessem descoberto um tipo de constituição que possui todas as vantagens interiores do Governo Republicano e a força exterior da Monarquia. Falo da República Federativa. Essa forma de Governo é uma convenção, pela qual diversos corpos políticos concordam em se tornar cidadãos de um Estado maior, que querem forma. É uma sociedade de sociedades, as quais constituem uma nova, que pode aumentar com novos associados, até que o seu poder baste para a segurança dos que se uniram” (MONTESQUIEU. *O espírito das leis.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 151-152).

Esse aparente paradoxo entre governo central unipessoal e autonomias locais foi solucionado pela ideia de representação local na estrutura da República, para que fosse garantida a convivência harmoniosa entre União e Estados (MORALES, Angel Garrorena. *Representación política y constitución democrática.* Madrid: Civitas, 1991. p. 23; FISICHELLA,

Domenico. *La rappresentanza politica.* Roma: Laterza, 1996. p. 14; NADALES, Antonio J. Porras. *Representación y democracia avanzada.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 33; RAMIREZ, Manuel. *La participación política.* Madrid: Tecnos, 1995. p. 39).

No dizer de García Pelayo há a necessidade de conformar-se a tendência à unidade e a tendência à diversidade, com o fortalecimento da representação popular no Legislativo (GARCIA PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado.* 8. ed. Madri: Revista do Ocidente, 1967. p. 218).

Os Estados cederiam parcelas de seu poder ao governo central, porém esses governantes deveriam ser escolhidos direta ou indiretamente pela maioria popular dos Estados.

Como acentuado por Hamilton e Madison, a Constituição norte-americana resolveu esse problema, estabelecendo que a Câmara dos Representantes seria eleita diretamente pelo povo, enquanto o Senado teria sua designação, no texto original, indiretamente pelo povo. Posteriormente, foi alterada a forma de escolha, optando-se na Emenda nº XVII, pela eleição direta majoritária, e de maneira paritária pelos Estados, ocorrendo o mesmo em relação ao Presidente da República, que seria indiretamente escolhido pelo povo, todos de forma periódica (*The Federalist papers* n. X e XXXIX).

Nesse sentido, lembra Manoel Gonçalves Ferreira Filho que “nos Estados Federais sempre se dá a *participação* dos Estados-membros no Poder Central por meio de uma Câmara que os representa (o Senado). Enfim, os Estados-membros se reconhecem a *auto-organização* por um poder constituinte próprio. Nesses dois últimos pontos está o cerne da *autonomia* dos Estados-membros da Federação” (*Curso..., cit.*, p. 50). A mesma afirmação é encontrada em Maurice Duverger, ao comentar o Senado na Austrália, composto por 60 membros (DUVERGER, Maurice. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Presses Universitaires de France, 1955. p. 267). Observe-se, porém, que o sistema alemão de Estado Federal não seguiu a matriz norte-americana em relação à composição do Senado Federal. Como salientado por Burkhard Hirsch, “a divisão de votos entre os Estados reflete, uma vez mais, o compromisso histórico entre os dois modelos federais discutidos. Diferentemente do modelo dos EUA, no qual cada Estado tem a mesma quantidade de representantes no Senado, e diferentemente também dos sistemas orientados para uma

representatividade proporcional ao número de habitantes, o *Bunderast* introduziu uma ponderação específica, garantindo assim uma representação efetiva dos estados pequenos sem, entretanto, dar-lhes uma equidade de votos ante os Estados maiores, ou seja, com população mais densa. Cada Estado tem, hoje em dia, pelo menos 3 votos; Estados com mais de 2 milhões de habitantes têm 4 votos, com mais de 6 milhões de habitantes, 5 votos, e Estados com mais de 7 milhões de habitantes, 6 votos, sem chegar a uma representação proporcional (o total é de 69 votos)" (HIRSCH, Burkhard. *50 anos da lei fundamental*. São Paulo: Edusp, 2001. p. 121).

3. Poder Legislativo e sistemas eleitorais

O estudo dos sistemas eleitorais e sua influência sobre a representação política e sobre a estrutura e o funcionamento dos diversos e complexos sistemas políticos é inerente ao próprio estudo da Democracia, pois, como salientou Montesquieu, "disciplinar como, por quem, sobre o que serão dados os sufrágios, nele, é tão importante quanto saber, numa Monarquia, qual é o Monarca, e de qual maneira deve governar"(*O espírito das leis.* Tradução de Pedro Vieira Mota. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 84), afinal, como também afirmado por Madison, "a definição do direito de sufrágio é muito justamente considerada um artigo fundamental do governo republicano" (*The Federalist papers* no LII).

Essa análise apresenta, em relação ao legislativo, diferenças estruturais importantes em face das condições políticas e históricas de seu desenvolvimento, impedindo do ponto de vista metodológico um estudo comparativo e sistemático, em face da necessidade de análise empírica (cf. a respeito: NOHLEN, Dieter. *Sistemas electorales del mundo.* Tradução de Ramon García Cotarelo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1981. p. 17; BOTELLA, Montserrat Baras Juan. *El sistema electoral.* Madrid: Tecnos, 1996. p. 17 ss; BECERRA, Augusto Hernandez. *Derecho lectoral*: la elección popular de alcaldes. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1988. p. 63-71; GONZALEZ, Santiago Sanchez; PRADO, Pilar Mellado. *Sistemas políticos actuales.* 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1995. p. 55-89; MIRANDA, Jorge. *Estudos de direito eleitoral.* Lisboa: Lex, 1995. p. 15-61; GAMBINO, Silvio (Coord.). *Forme di governo e sistemi elettorali.* Pádua: Cedam, 1995, p. 365 ss; RAMIREZ,

Manuel. *La participación política.* Madrid: Tecnos, 1995. p. 66-78; SARTORI, Giovanni. *Elementos de teoria política.* Madrid: Alianza Editorial, 1999. p. 279; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 294), pois a participação do cidadão nos negócios políticos do Estado é consagrada por vários e diversos procedimentos, sendo possíveis ao processo eleitoral inúmeras variações de grande significado político (nesse sentido: ROBISON, Donald L. *To the best of my ability*: the presidency the constitution. New York: W. W. Norton & Company, 1987. p. 76 ss; COTTA, Maurizio. *Dicionário de política.* 5. ed. Brasília: UnB, 2000. v. 2. p. 880).

A influência dos sistemas eleitorais no funcionamento do Congresso Nacional, no regime presidencial, e, consequentemente, em sua legitimidade, governabilidade e inter-relacionamento, aponta várias e diversas características em cada um dos países presidencialistas.

Essa afirmação é corroborada por Maurice Duverger, ao ensinar que, “na realidade, a adoção de um ou de outro sistema eleitoral se faz por considerações políticas”(*Instituciones políticas y derecho constitucional.* Barcelona: Ariel, 1962. p. 102), pois as instituições políticas moldam e são moldadas nos países democráticos por seu sistema eleitoral e seus partidos.

Essa questão foi analisada por Robert Dahl, que concluiu no mesmo sentido, afirmando que, “ainda que a rigor o sistema eleitoral não precise estar especificado na ‘constituição’, é bom considerá-lo parte do sistema constitucional, devido à maneira como os sistemas eleitorais integram com outras partes da Constituição”(*Sobre a democracia.* Brasília: UnB, 2001. p. 147).

A adoção de determinado sistema eleitoral representa a ideia política da maneira de escolher o Chefe do Poder Executivo, os representantes do povo que preencherão as cadeiras parlamentares ou os delegados partidários que escolherão, indiretamente, o Presidente da República, devendo suas regras básicas, portanto, constar da própria Constituição.

Na hipótese de formação do Colégio Eleitoral para eleição de Presidente, essa escolha, e consequente delimitação do colégio de representantes, faz parte do necessário processo eleitoral destinado a impedir a improbidade, a fraude e a corrupção, pois, como salientado por Madison, “a atividade da corrupção, quando precisa envolver número tão considerável de homens,

requer não só tempo como recursos" (*The Federalist papers* n. LXVIII).

A escolha do sistema eleitoral não está vinculada, obrigatoriamente, à forma de Estado ou de regime de governo, porém, exerce forte influência sobre as mesmas, como salientam Maurice Hauriou, Dieter Nohlen, Robert Dahl, Silvio Gambino, Luca Mezzetti, Tania Groppi, Raul Machado Horta e José de Alfredo Oliveira Baracho (HAURIOU, Maurice. *Derecho público y constitucional.* 2. ed. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1927. p. 503; NOHLEN, Dieter. *Sistemas electorales del mundo.* Tradução de Ramon García Cotarelo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1981. p. 82; DAHL, Robert. *Sobre a democracia.* Brasília: UnB, 2001. p. 154 – nota de rodapé 2; GAMBINO, Silvio (Coord.). *Forme di governo e sistemi elettorali.* Pádua: Cedam, 1995. p. 27 ss.; MEZZETTI, Luca. La forma di governo tedesca. In: GAMBINO, Silvio (Coord.). *Forme di governo e sistemi elettorali.* Pádua: Cedam, 1995. p. 131; GROPPI, Tania. Sistemi elettorali e forma di governo: il caso spagnolo. In: GAMBINO, Silvio (Coord.). *Forme di governo e sistemi elettorali.* Pádua: Cedam, 1995. p. 109; BARACHO, José de Alfredo Oliveira. *Teoria geral da cidadania.* São Paulo: Saraiva, 1995. p. 3).

Como salientado por Maurice Hauriou, "certamente, o regime representativo oferece vantagens sobre a pura democracia direta, sobretudo nas grandes populações, porém isto não é razão para que não se corrija com uma dose de sufrágio direto. A soberania dos Parlamentos não é um dogma".

A adoção do sistema eleitoral deve levar em conta, além dos fatores históricos e políticos de cada país, o sistema de partidos.

A evolução histórica e política das diversas sociedades democráticas apontou duas formas básicas de escolha dos representantes em uma democracia representativa: *sistema majoritário* e *sistema proporcional.*

O *sistema majoritário* encontra-se mais ligado à concepção de democracia representativa (modelo de Westminster ou inglês), enquanto o *sistema proporcional* relaciona-se com a ideia de democracia participativa (modelo consensual).

Analisando comparativamente os dois sistemas, ensina Giovanni Sartori que no majoritário "o candidato vitorioso é o único a ganhar a eleição; nos sistemas proporcionais, a vitória eleitoral é partilhada e exige-se apenas uma quota suficiente, um número mínimo de votos (geralmente o quociente

eleitoral). Nos sistemas majoritários, a escolha do candidato é canalizada e, por fim, condensada em uma alternativa; nos sistemas proporcionais, os eleitores não são obrigados a concentrar seus votos; sua gama de opção pode ser ampla. De outro lado, os sistemas majoritários propõem candidatos individuais – pessoas; os sistemas proporcionais geralmente oferecem listas organizadas pelos partidos. Mas há grande variedade nesses sistemas" (SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional... Op. cit.*, p. 15).

A Constituição de 1988 adotou o sistema majoritário para os cargos executivos (Presidente, Governadores e Prefeitos) e para o cargo de Senador da República e o sistema proporcional para os demais mandatos parlamentares (Deputados Federais, Deputados Estaduais e Distritais e Vereadores).

4. Câmara dos Deputados

A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal, sendo que o número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população.

O sistema é proporcional quando a distribuição dos mandatos ocorre de maneira que o número de representantes em cada circunscrição eleitoral seja dividido em relação com o número de eleitores, de sorte que resulte uma proporção.

O *sistema proporcional* consiste, portanto, no procedimento eleitoral que visa assegurar no Parlamento uma representação proporcional ao número de votos obtido por cada uma das legendas políticas. Nas palavras de Mirabeau, como recorda Dieter Nohen, o parlamento deveria ser um mapa reduzido do povo (*Sistemas electorales del mundo.* Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1981. p. 90).

Segundo Duverger, Sartori e Canotilho, esse seria o melhor sistema eleitoral para a democracia, pois tende a aproximar mais o eleitor dos eleitos, garantindo maior igualdade entre a maioria e a minoria na participação política (respectivamente: *Instituciones políticas y derecho constitucional.* Barcelona: Ariel, 1962. p. 102; *Engenharia constitucional*: como mudam as constituições. Brasília: UnB, 1996. p. 86; *Direito... Op.*

cit., p. 295).

A finalidade básica do *sistema de representação proporcional*, portanto, é garantir a representação das minorias nas diversas circunscrições eleitorais, segundo o número de votos recebidos, ou seja, pretende-se reproduzir na divisão do número de cadeiras do Parlamento, de maneira mais próxima e fiel possível da realidade, as diversas facções políticas.

Apesar disso, não é o sistema utilizado pelos países com maior tradição democrática, pois sua criação é mais recente, passando a ser utilizado a partir do início do século XX.

A ideia básica do *sistema proporcional*, portanto, como salienta Robert Dahl, consiste em ter sido "deliberadamente criado para produzir uma correspondência bastante aproximada entre a proporção total de votos lançados para um partido nas eleições e a proporção de assentos que o partido obtém na legislatura. Por exemplo, um partido com 53% dos votos ganhará 53% dos assentos. Esse tipo de arranjo, em geral, é conhecido como sistema de representação proporcional ou RP" (A. *Sobre a democracia.* Brasília: UnB, 2001. p. 148).

Para que isso ocorra, *o sistema de representação proporcional* adota o *escrutínio de lista* ou *voto de legenda*, que é o único, como aponta Maurice Duverger, que permite atribuir cargos proporcionalmente tanto à maioria quanto à minoria (*Instituciones políticas y derecho constitucional.* Barcelona: Ariel, 1962. p. 106. Conferir, ainda: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Sistema eleitoral e partidário. *Estudos eleitorais.* v. 1, n. 1. p. 83, jan./abr. 1997). O *escrutínio de lista* apresenta diversas variações (lista fechada, aberta, bloqueada, não bloqueada).

O *sistema de representação proporcional* apresenta duas questões essenciais para a definição do resultado das eleições: *o número de candidatos eleitos por legenda* e *a questão das sobras.*

Em relação ao número de candidatos eleitos, os diversos sistemas eleitorais adotam basicamente três métodos: *quociente eleitoral*, *número uniforme* e *quociente nacional.*

O *método do quociente eleitoral*, adotado pela legislação eleitoral brasileira, consiste na divisão do total de votos válidos dados em candidatos pelo número de cargos em disputa. Essa observação é importante, pois, como ressalta Maurice Duverger, não se pode confundir "os votos dados com o número de eleitores, pois não são todos os eleitores que votam, pois

há abstenções, e alguns votam em branco ou nulo, os quais não devem ser considerados como voto dado".

O resultado dessa operação aritmética denomina-se *quociente eleitoral.*

A partir disso, divide-se o total de votos obtidos pelas legendas pelo quociente, chegando-se, consequentemente, ao número de cadeiras obtidas por legenda.

Pelo *método do número uniforme,* diferentemente, a legislação eleitoral fixa o número de votos necessários para a obtenção de uma cadeira no Parlamento. Quantas vezes esse número de votos previamente fixado – *denominado número uniforme* – estiver contido no total de votos de cada legenda, tantas cadeiras a legenda terá obtido.

Diferentemente do *quociente eleitoral*, no presente método não há prévia fixação do número de Deputados por circunscrição.

Por fim, o método do *quociente nacional* assemelha-se ao do *quociente eleitoral*, porém sem prévia fixação do número de Deputados por circunscrição. Dessa forma, a operação aritmética para obtenção do *quociente* resulta da divisão dos votos válidos dados em todos os candidatos do país pelo total de deputados a serem eleitos.

A aplicação do *sistema proporcional* deve ser disciplinada pela legislação ordinária, que adotou, conforme já analisado, o *método do quociente eleitoral* consistente na divisão do total de votos válidos dados em candidatos pelo número de cargos em disputa.

O resultado dessa operação aritmética denomina-se *quociente eleitoral.* A partir disso, divide-se o total de votos obtidos pelas legendas pelo quociente, chegando-se, consequentemente, ao número de cadeiras obtidas por legenda.

O *sistema proporcional* apresenta um problema extremamente complexo referente às *sobras eleitorais,* pois é impossível que em uma eleição não seja fracionado o número resultante da divisão dos votos recebidos por legenda pelo coeficiente eleitoral.

Assim, a segunda grande regra a ser definida no *sistema de representação proporcional* diz respeito aos *restos ou sobras eleitorais*, pois qualquer que seja o sistema eleitoral há sobras.

Maurice Duverger exemplifica da seguinte maneira: "supondo uma circunscrição na qual haja 5 legendas, A, B, C, D, E, para repartir 80.000 votos válidos e 5 cargos a prover. A obtém 27.000 votos; B obtém 23.000;

C, 15.000; D, 7.600; E, 7.400. Assim, o quociente é 16.000 votos. A e B terão cada um 1 deputado, faltando três cargos a prover, para 48.000 votos ainda não utilizados (a totalidade dos votos de C, D e E, 11.000 votos de A e 7.000 de B). O problema da utilização dos restos é o mais difícil de resolver entre todos os que surgem com a representação proporcional" (*Instituciones... Op. cit.*, p., 106).

Para solucionar esse problema existem diversos métodos; os mais utilizados são: *critério da melhor média*, *critério dos restos maiores* e *critério Hondt (*Cf. DUVERGER, Maurice. *Instituciones... Op. cit.*, p. 108 ss.; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito... Op. cit.*, p. 296. Dieter Nohlen, in *Sistemas... Op. cit.*, p. 128 ss., aponta diversos outros critérios, tais como método Hagenbach-Bischoff, método de Hare, método imperiali, método St. Lagüe, entre outros*)*.

O *critério do resto mais numeroso* é aquele pelo qual os cargos não preenchidos deverão ser atribuídos à legenda com maior sobra de votos. Esse critério possui fácil operacionalidade, porém acaba por favorecer os partidos menores em detrimento daqueles que obtiveram maior número de votos.

Por exemplo, como aponta Dieter Nohlen, em um total de 2.000 votos válidos, o partido A teve 1.000, o partido B teve 620 e o partido C, por sua vez, teve 380 votos. Partindo-se do critério do *quociente eleitoral*, para a eleição de 5 deputados, teríamos o número final de 400 votos por cadeira, e o seguinte resultado (NOHLEN, Dieter. *Sistemas... Op. cit.*, p. 132):

Partido	**Votos**	**Quociente eleitoral**	**Cargos obtidos**	**Votos restantes**
A	1.000	400	2	200
B	620	400	1	220
C	380	400	0	380

Nesse exemplo, as duas cadeiras não preenchidas seriam, respectivamente, designadas para o partido C (380 votos restantes) e para o partido B (220 votos restantes). Dessa forma, não obstante o partido A ter tido o mesmo número de votos da soma dos partidos B e C, ficaria com dois

Deputados, o mesmo número de B, enquanto o partido C ficaria com um representante.

Esse critério *dos restos* pode sofrer uma variação benéfica aos maiores partidos, porém prejudicial à representação das minorias, denominado *método do menor resto.*

Assim, considerando o mesmo exemplo apresentado, as duas cadeiras restantes iriam respectivamente para o partido A (200 votos restantes) e para o partido B (220 votos restantes) e o resultado da eleição seria o seguinte: A (3 deputados), B (2 deputados) e C (nenhum Deputado, apesar de ter recebido 380 votos).

O *critério da melhor média*, adotado pela legislação brasileira, consiste na realização do cálculo real do número de votos que o partido necessitou para obter cada cadeira. Esse cálculo somente será possível após a definição do quociente eleitoral. Obtidas as médias que cada partido necessitou para eleger seus representantes, distribuem-se as cadeiras faltantes às melhores médias.

Utilizando-se o mesmo exemplo apresentado, citado por Dieter Nohlen:

Partido	**Votos**	**Quociente eleitoral**	**Cargos obtidos**	**Média por cargo**
A	1.000	400	2	500
B	620	400	1	620
C	380	400	0	–

A aplicação do critério da *melhor média* prejudica os partidos menores, pois no exemplo exposto o partido B (maior média) conseguiria mais um representante, o mesmo ocorrendo com o partido A (segunda maior média). O partido C, apesar de ter obtido 380 votos, ou seja, somente 20 abaixo do quociente eleitoral, ficaria sem nenhum representante.

Por fim, temos o *critério de Hondt* (por exemplo, é o critério utilizado nas eleições parlamentares da Assembleia da República portuguesa), cujo nome é dado em homenagem a seu criador, o matemático belga Victor D’Hondt; em uma única operação aritmética será obtido o número de cargos alcançados por lista eleitoral, tanto do quociente quanto dos relacionados *às sobras eleitorais.*

Esse critério, primeiramente, divide o total de votos válidos obtidos por lista eleitoral por 1, 2, 3, 4 etc. Após isso, os cargos em disputa são atribuídos às melhores médias.

Dieter Nohlen exemplifica da seguinte maneira: em uma circunscrição, pretendem-se eleger dez deputados. Dos 10.000 votos válidos, 4.160 são para o partido A, 3.380 para o partido B e 2.460 para o partido C. Esses números serão divididos sucessivamente por 1, 2, 3 etc., obtendo-se as séries seguintes:

Partido A	**Partido B**	**Partido C**
1 4.160 (1)	1 3.380 (2)	1 2.460 (3)
2 2.080 (4)	2 1.690 (5)	2 1.230 (7)
3 1.386 (6)	3 1.216 (8)	3 820
4 1.040 (9)	4 845 (10)	4 615
5 832	5 676	5 492

Dessa forma, os partidos A e B elegeriam quatro representantes, enquanto o partido C somente dois. Esse método, conforme constata Dieter Nohlen, favorece ligeiramente os maiores partidos.

A escolha legislativa do critério definidor das *sobras eleitorais* influencia não só na definição do número de representantes por partido, como também na maior ou menor representatividade das minorias nas Casas Legislativas.

A Constituição Federal, porém, atenua o critério puro da *proporcionalidade população* (representados)/*deputados* (representantes), pois determina a realização dos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma das unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de 70 deputados. Além disso, fixa, independentemente da população, o número de quatro Deputados por Território.

Observe-se, ainda, que por se tratar de conceito jurídico indeterminado, o Supremo Tribunal Federal entende que o *sistema proporcional* depende, para sua implementação, “de prévia definição normativa a ser estabelecida

pelo legislador ordinário no exercício do poder de regulação que lhe foi atribuído pelo ordenamento constitucional" (STF – Pleno – RExtr. n. 140.543-1/RO – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 9 fev. 1995. p. 1.750).

Essa atenuação perpetuou a existência de graves distorções em relação à citada proporcionalidade, favorecendo Estados-membros com menor densidade demográfica em prejuízo dos mais populosos, e acabando por contradizer a regra prevista no art. 14, *caput*, da Constituição Federal da *igualdade do voto* (*One Man One Vote*).

5. Senado Federal

O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário, sendo que cada Estado e o Distrito Federal terão três senadores, com mandato de oito anos.

Sistema eleitoral majoritário (modelo de Westminster ou inglês) é aquele em que será considerado vencedor o candidato que obtiver o maior número de votos.

Historicamente, o princípio majoritário firmou-se como o método de escolha dos representantes, tanto na Grécia quanto na República Romana, por constituir à época reflexo da igualdade democrática, somente passando a sofrer comparações com o sistema proporcional a partir do final do século XIX. Trata-se, pois, do sistema eleitoral mais antigo e utilizado historicamente (BOTELLA, Montserrat Baras Juan. *El sistema electoral.* Madrid: Tecnos, 1996. p. 185 ; NOHLEN, Dieter. *Sistemas electorales del mundo.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1981. p. 82; DUVERGER, Maurice. *Institutiones... Op. cit.* p. 103; SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional* – como mudam as constituições. Brasília: UnB, 1996. p. 15).

O *sistema majoritário* está ligado ao sistema presidencialista, pois é o método que busca "um vencedor" e, consequentemente, a formação de um governo centrado na figura do Presidente da República (*força derivada da legitimidade popular*), porém é o método por excelência para a escolha dos Senadores da República.

O *sistema majoritário* apresenta importantes características, tais como a

formação de governos funcionais (em face da obtenção da maioria), a alternância do poder (pois facilita a existência de um sistema bipartidário) e o fortalecimento do partido de oposição. Todavia, seu grande inconveniente é não espelhar fiel e proporcionalmente a vontade popular, em detrimento das minorias, que, não raro, acabam sub-representadas nos órgãos políticos, além de personificar as eleições, em detrimento das propostas partidárias.

Essa importante constatação foi analisada por Maurice Duverger, ao expor, em relação às eleições parlamentares, que "a característica comum dos sistemas majoritários é que não asseguram mais que uma representação indireta e aproximada das minorias. O candidato que encabeçar a lista é eleito; os que seguem são derrotados. Assim, os votos dos eleitores que tenham sido derrotados não têm nenhuma representação no Parlamento. Sem embargo, como o partido majoritário em conjunto do país é minoritário em certas circunscrições, os partidos minoritários no âmbito nacional têm, sem embargo, deputados no Parlamento, mas não existe uma proporção rigorosa entre a repartição de sufrágios entre os partidos e a representação das cadeiras parlamentares"(DUVERGER, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional.* Barcelona: Ariel, 1962. p. 103. No mesmo sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI.* São Paulo: Saraiva, 2001. p. 171).

Essa advertência é feita por Giovanni Sartori, ao ensinar que "os sistemas majoritários não têm por objetivo um parlamento que reflita a distribuição dos votos; buscam, sim, um vencedor. Sua intenção é não só eleger um parlamento, mas ao mesmo tempo eleger (pelo menos de forma implícita) um governo" (SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional* – como mudam as constituições. Brasília: UnB, 1996. p. 17. Conferir, ainda: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Sistema eleitoral e partidário. *Estudos eleitorais.* v. 1, n. 1, p. 83, jan./abr. 1997).

O *sistema majoritário* personaliza o candidato vencedor e não o seu partido ou a ideologia defendida por ambos, o que, não raramente, acaba por enfraquecer a democracia representativa de partidos.

O sistema majoritário, em regra, divide-se em duas espécies básicas: sistema majoritário puro ou simples e sistema majoritário de dois turnos (GONZALEZ, Santiago Sanchez; PRADO, Pilar Mellado. *Sistemas políticos actuales.* 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1995. p. 106; BECERRA, Augusto Hernandez. *Derecho electoral*: la elección popular de alcaldes. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1988. p.

65; MIRANDA, Jorge. *Estudos de direito eleitoral.* Lisboa: Lex, 1995. p. 21).

Em relação à escolha dos Senadores da República (CF, art. 46), a opção constitucional foi pelo sistema simples, ou seja, em um único turno. Diversa, porém, foi a determinação constitucional para as eleições de Presidente da República, Governadores de Estado e Prefeitos de Municípios com mais de 200 mil eleitores, como será analisado no artigo 77.

Pelo *sistema majoritário puro ou simples*, será considerado eleito o candidato que obtiver o maior número de votos.

A representação de cada Estado e do Distrito Federal será renovada de quatro em quatro anos, alternadamente, por um ou dois terços do Senado Federal (CF, art. 46, § 2º).

Exemplificando: na eleição de 1990 todos os Estados-membros e o Distrito Federal elegeram um senador, permanecendo no Senado Federal dois Senadores da República de cada unidade da federação que haviam sido eleitos em 1986 (*renovação de 1/3*). Na eleição de 1994, diferentemente, foram eleitos dois Senadores da República por Estado-membro e Distrito Federal, permanecendo na Casa Legislativa somente os parlamentares que haviam sido eleitos em 1990 (*renovação de 2/3*).

O legislador constituinte brasileiro concedeu ao Senado Federal a mesma relevância e força dadas à Câmara dos Deputados, adotando o bicameralismo norte-americano e contrariando, assim, a tendência britânica do bicameralismo.

6. Estatuto dos congressistas

Na independência harmoniosa que rege o princípio da Separação de Poderes, as imunidades parlamentares são institutos de vital importância, visto buscarem, prioritariamente, a proteção dos parlamentares, no exercício de suas nobres funções, contra os abusos e pressões dos demais poderes; constituindo-se, pois, um direito instrumental de garantia de liberdade de opiniões, palavras e votos dos membros do Poder Legislativo, bem como de sua proteção contra prisões arbitrárias e processos temerários.

Assim, para o bom desempenho de seus mandatos, será necessário que o parlamento ostente ampla e absoluta liberdade de convicção, pensamento e

ação, por meio de seus membros, afastando-se a possibilidade de ficar vulnerável às pressões dos outros poderes do Estado.

Dessa forma, imprescindível a existência das imunidades parlamentares à prática da democracia, significando verdadeira condição de independência do Poder Legislativo em face dos demais poderes e garantia da liberdade de pensamento, palavra e opinião, sem a qual inexistirá Poder Legislativo independente e autônomo, que possa representar, com fidelidade e coragem, os interesses do povo e do país, pois, e é sempre importante ressaltar, estas imunidades não dizem respeito a figura do parlamentar, mas à função por ele exercida, no intuito de resguardá-la da atuação do Executivo ou do Judiciário, consagrando-se como garantia de sua independência perante outros poderes constitucionais.

Não prosperam, pois, assertivas sobre o eventual afastamento e desrespeito do princípio da igualdade (art. 5º, I, da Constituição Federal) em favor dos membros do Poder Legislativo, uma vez que a finalidade destas prerrogativas é a subsistência da democracia e do próprio Estado de Direito.

Na questão posta em estudo, a finalidade acolhida pelo direito – defesa da democracia e da existência e independência do Parlamento – afasta qualquer alegação de discriminação abusiva em favor dos parlamentares, não podendo, porém, confundir-se *imunidade* com *impunidade.*

A criação das imunidades parlamentares como corolário da defesa da livre existência e independência do Parlamento tem no sistema constitucional inglês sua origem, através da proclamação do duplo princípio da *freedom of speach* (liberdade de palavra) e da *freedom from arrest* (imunidade à prisão arbitrária), no *Bill of Rights* de 1688, os quais proclamaram que a liberdade de expressão e de debate ou de troca de opiniões no Parlamento não pode ser impedida ou posta em questão em qualquer corte ou lugar fora do Parlamento.

Importante relembrar que foi basicamente o direito europeu que consolidou as imunidades parlamentares, dando-lhes os contornos atuais, porém, elas não passaram despercebidas do povo romano, pois eram intangíveis, invioláveis (*sacrosancta*) as pessoas dos tribunos e dos edis, seus auxiliares; tendo o povo romano outorgado-lhes por lei essa inviolabilidade e, para torná-la irrevogável, santificou-a com um juramento (*les sacrata*), punindo com a pena de morte os atentados contra esta regulamentação. Esta inviolabilidade do tribuno garantia-lhe no exercício

das suas funções ou fora delas e obstava a que ele pudesse ser acusado, preso ou punido.

A jurisprudência e a doutrina norte-americanas, historicamente, pacificaram-se no sentido de a *freedom from arrest* ser impeditiva de prisão tão somente em procedimentos cíveis. Por sua vez, a *freedom of speach* considera que o privilégio pertence à própria Casa Legislativa, a qual se encarrega de defendê-lo, geralmente através da constituição de comissão parlamentar de inquérito. Em relação à abrangência, também a origem histórica do instituto aponta que somente as palavras e os votos proferidos dentro do recinto das sessões ou das comissões é que são cobertos pela imunidade material, inclusive se o pronunciamento for considerado perigoso à segurança do Estado.

Posteriormente, as imunidades parlamentares foram inscritas constitucionalmente na Carta Magna dos Estados Unidos da América (17-9-1787) afirmando: “Em nenhum caso, exceto traição, felonia e violação da paz, eles (senadores e representantes) poderão ser presos durante sua frequência às sessões de suas respectivas Câmaras, nem quando a elas se dirigirem, ou delas retornarem; e não poderão ser incomodados ou interrogados, em qualquer outro lugar, por discursos ou opiniões emitidos em uma ou outra Câmara” (art. 1º, seção 6).

Anote-se ainda que na França, em 23 de junho de 1789, houve nova proclamação das imunidades, ante a ameaça de dissolução do Terceiro Estado; a assembleia decretou a inviolabilidade dos seus membros e declarou “traidor, infame e digno de morte quem pusesse a mão sobre eles”.

Modernamente, quase todas as Constituições preveem as garantias de livre exercício do Poder Legislativo. Assim, por exemplo, a da França, de 1958, no art. 26, e a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, no art. 46, que, porém, como informa Pinto Ferreira, “exclui a injúria e a calúnia da esfera da inviolabilidade” (*Comentários... Op. cit.*, v. 2, p. 623). O mesmo se dava na Constituição Federal da antiga Alemanha Oriental, onde o art. 67, 1, segunda parte, afirma não incidir quanto às calúnias, no sentido do Código Penal, a regra jurídica da inviolabilidade, se comissão de inquérito da Câmara Popular as considerasse como tais (MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967. Op. cit.*, t. III, art. 34 -112).

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 concedia aos membros do

Parlamento as inviolabilidades pelas opiniões, palavras e votos que proferissem no exercício de suas funções, bem como a garantia do parlamentar não ser preso durante a legislatura, por autoridade alguma, salvo por ordem de sua respectiva Câmara, menos em flagrante delito de pena capital. Além disto, previa-se a necessidade de licença da casa respectiva para o prosseguimento da ação penal.

Assim, textualmente, previa a Constituição de 25-3-1824: “Art. 26. Os Membros de cada uma das Camaras são invioláveis pelas opiniões, que proferirem no exercício das suas funcções. Art. 27. Nenhum Senador, ou Deputado, durante a sua deputação, pode ser preso por Autoridade alguma, salvo por ordem da sua respectiva Camara, menos em flagrante delicto de pena capital. Art. 28. Se algum Senador, ou Deputado for pronunciado, o Juiz, suspendendo todo o ulterior procedimento, dará conta à sua respectiva Camara, a qual decidirá, se o processo deva continuar, e o Membro ser, ou não suspenso no exercício das suas funções.”

A Constituição da República de 1891, em seus arts. 19 e 20, previa as imunidades material e formal, pois os parlamentares eram invioláveis pelas opiniões, palavras e voto bem como não poderiam ser presos nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara, salvo caso de flagrante em crime inafiançável.

Era o seguinte o texto da Constituição de 24-2-1891: “Art. 19. Os deputados e senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato. Art. 20. Os deputados e os senadores, desde que tiverem recebido diploma até à nova eleição, não poderão ser presos, nem processados crimalmente, sem prévia licença de sua Camara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável. Neste caso, levado o processo até pronuncia exclusive, a autoridade processante remetterá os autos à Camara respectiva, para resolver sobre a procedência da accusação, si o accusado não optar pelo julgamento immedito.”

O capítulo II, secção I, da Constituição de 1934, em seu art. 31 previa a inviolabilidade do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos, no exercício do mandato, enquanto o art. 32 previa imunidades relacionadas à prisão e ao processo. Curiosamente, estas imunidades formais eram estendidas ao suplente imediato do Deputado em exercício.

O texto da Constituição de 16-7-1934 determinava: “Art. 31. Os deputados são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício

das funcções do mandato. Art. 32. Os deputados, desde que tiverem recebido diploma até a expedição dos diplomas para a legislatura subsequente, não poderão ser processados criminalmente, nem presos, sem licença da Câmara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável. Esta immunidade é extensiva ao supplente immediato do Deputado em exercício. § 1º A prisão em flagrante de crime inafiançável será logo communicada ao Presidente da Câmara dos deputados, com a remessa do auto e dos depoimentos tomados, para que ella resolva sobre a sua legitimidade e conveniência, e autorize, ou não, a formação de culpa. § 2º Em tempo de guerra, os deputados, civis ou militares, incorporados às forças armadas por licença da Câmara dos deputados, ficarão sujeitos às leis e obrigações militares."

A Carta de 1937 alterou o tratamento das imunidades parlamentares, pois, apesar de prevê-las, tanto a material quanto a formal, possibilitava a responsabilização do parlamentar por difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime.

Os arts. 42 e 43 da Constituição de 10-11-1937 estipulavam, respectivamente, que durante o prazo em que estiver funcionando o Parlamento, nenhum de seus membros poderá ser preso ou processado criminalmente, sem licença da respectiva Câmara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável; e que só perante sua respectiva Câmara responderão os membros do Parlamento Nacional pelas opiniões e votos que emitirem no exercício de suas funções; não estarão, porém, isentos de responsabilidade civil e criminal por difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime. Em seu parágrafo único, o art. 43 ainda estabelecia que em caso de manifestação contrária à existência ou independência da Nação ou incitamento à subversão violenta da ordem política ou social, podia qualquer das Câmaras, por maioria de votos, declarar vago o lugar do deputado ou membro do Conselho Federal, autor da manifestação ou incitamento.

Em 1946, a Constituição brasileira, consagrando regras mais democráticas, previa as clássicas prerrogativas parlamentares. Assim, a imunidade material foi prevista no art. 44 e as imunidades formais foram previstas no art. 45, determinando-se que os Deputados e Senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos (art. 44), e que desde a expedição do diploma até a inauguração da

legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara. No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de 48 horas, à Câmara respectiva para que resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação de culpa.

A Câmara interessada deveria deliberar sempre pelo voto da maioria de seus membros. A Carta ainda previa que, em se tratando de crime comum, se a licença para o processo criminal não estivesse resolvida em 120 (cento e vinte) dias, contados da apresentação do pedido, este seria incluído em ordem do dia, para ser discutido e votado, independentemente de parecer (acrescentado pela EC nº 9, de 22-7-1964).

Em 1967, a Constituição Federal consagrou as imunidades material e formal no art. 34, prevendo a inviolabilidade do parlamentar, no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos; bem como a necessidade de licença da casa respectiva para a prisão e processo. Inovou, porém, ao permitir a concessão tácita de licença para o processo de parlamentar, ao prever que, se no prazo de noventa dias, a contar do recebimento, a respectiva Câmara não deliberasse sobre o pedido de licença, o mesmo seria incluído na Ordem do Dia, permanecendo durante 15 sessões ordinárias consecutivas, quando então, permanecendo a inércia, se teria como concedida a licença.

Assim, afirmava textualmente que os Deputados e Senadores eram invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos. Além disso, desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderiam ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara. No § 2º do referido artigo, porém, estabelecia que se no prazo de 90 dias, a contar do recebimento, a respectiva Câmara não deliberasse sobre o pedido de licença, seria este incluído automaticamente em ordem do dia e neste permaneceria durante 15 sessões ordinárias consecutivas, tendo-se como concedida a licença se, nesse prazo, não ocorresse a deliberação.

A Emenda nº 1, de 17-10-1969, e, posteriormente, a Emenda nº 11, de 13-10-1978, à Constituição Federal de 1967, alteraram a regulamentação das imunidades parlamentares, prevendo, em regra, que os deputados e

senadores eram invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, porém, excepcionalmente, poderiam ser responsabilizados, no caso de crime contra a Segurança Nacional. Também era prevista a impossibilidade de prisão do parlamentar, desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, salvo no caso de flagrante de crime inafiançável, nem processados, criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara, e que, se a Câmara respectiva não se pronunciasse sobre o pedido, dentro de 40 dias a contar de seu recebimento, se teria como concedida a licença. No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos deveriam ser remetidos, dentro de 48 horas, à Câmara respectiva, para que resolvesse sobre a prisão e autorizasse ou não a formação da culpa.

A Constituição anterior, porém, excetuava das imunidades os crimes contra a Segurança Nacional, para os quais o processo independia de licença da respectiva Câmara, podendo o Procurador-Geral da República, recebida a denúncia e analisando a gravidade do delito, requerer a suspensão do exercício do mandato parlamentar, até a decisão final de sua representação pelo Supremo Tribunal Federal (EC nº 1, de 17-10-1969).

A redação original da Constituição Federal de 1988 previa as imunidades material e formal no art. 53, § 1º, 2º e 3º, determinando que os Deputados e Senadores eram invioláveis por suas opiniões, palavras e votos, bem como desde a expedição do diploma não poderiam ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa. Ainda disciplinava que, no caso de flagrante de crime inafiançável, os autos seriam remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa respectiva, para que, pelo voto secreto da maioria de seus membros, resolvesse sobre a prisão e autorizasse, ou não, a formação de culpa.

A EC nº 35, de 20-12-2001, alterando significativamente o regime de imunidades dos parlamentares, manteve a imunidade material e restringiu a imunidade formal processual, no intuito de impedir – conforme já se afirmou – a *confusão entre imunidade e impunidade.*

7. Constituição de 1988 e imunidades parlamentares

A Constituição da República Federativa do Brasil, dessa forma, estabelece

em seu Título IV – “Da organização dos Poderes” – Capítulo I – “Do Poder Legislativo” – Seção V – “Dos deputados e dos senadores”, regras instituidoras das imunidades e vedações parlamentares, para que o Poder Legislativo, como um todo, e seus membros, individualmente, atuem com ampla independência e liberdade, no exercício de suas funções constitucionais. Tal conjunto de regras denomina-se estatuto dos congressistas.

São diversas as prerrogativas e vedações constitucionais previstas pela Carta Magna aos membros do Poder Legislativo, todas como garantias de existência e independência do próprio Parlamento. Desde as tradicionais imunidades material (art. 53, *caput*) e formal (art. 53, § 2º, 3º, 4º e 5º) até as prerrogativas de foro (art. 53, § 1º), de serviço militar (art. 53, § 7º e 143), vencimentos (art. 49, VII) e isenção do dever de testemunhar (art. 53, § 6º) e as incompatibilidades (art. 54).

O objeto do presente estudo não comporta a análise detalhada de cada uma das imunidades e prerrogativas parlamentares, porém é importante reafirmar que as prerrogativas parlamentares – *em especial as imunidades material e formal* – representam elemento preponderante para a independência do Poder Legislativo. São prerrogativas, em face do direito comum, outorgadas pela Constituição aos membros do Congresso, para que estes possam ter bom desempenho de suas funções.

A Constituição Federal prevê serem os Deputados e Senadores invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos (art. 53, *caput*), o que a doutrina denomina *imunidade material* ou *inviolabilidade parlamentar*.

A *imunidade material* implica subtração da responsabilidade penal, civil, disciplinar ou política do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos. Explica Nélson Hungria que, nas suas opiniões, palavras ou votos, jamais se poderá identificar, por parte do parlamentar, qualquer dos chamados *crimes de opinião* ou *crimes da palavra*, como os crimes contra a honra, incitamento a crime, apologia de criminoso, vilipêndio oral a culto religioso etc., pois a imunidade material exclui o crime nos casos admitidos; o fato típico deixa de constituir crime, porque a norma constitucional afasta, para a hipótese, a incidência da norma penal (*Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1. t. I, p. 188).

Em relação à natureza jurídica da imunidade material, salienta o Ministro

Celso de Mello tratar-se “a imunidade material ou real, de *causa justificativa* (excludente da antijuridicidade da conduta típica), ou de *causa excludente da própria criminalidade*, ou, ainda, de *mera causa de isenção de pena*, o fato é que, nos delitos contra a honra objetiva (calúnia e difamação) ou contra a honra subjetiva (injúria), praticados em razão do mandato parlamentar, tais condutas não mais são puníveis” (A imunidade dos deputados estaduais. *Justitia*, 43/114).

Dessa forma, Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967*), Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*), e José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*) entendem-na como uma *causa excludente de crime*, Basileu Garcia (*Instituições de Direito Penal*), como *causa que se opõe à formação do crime*; Damásio de Jesus (*Questões criminais*), *causa funcional de exclusão ou isenção de pena*; Aníbal Bruno (*Direito Penal*), *causa pessoal e funcional de isenção de pena*; Heleno Cláudio Fragoso (*Lições de Direito Penal*) considera-a *causa pessoal de exclusão de pena*; Magalhães Noronha (*Direito Penal*) *causa de irresponsabilidade*; José Frederico Marques (*Tratado de Direito Penal*), *causa de incapacidade penal por razões políticas*.

Independentemente da posição adotada, em relação à natureza jurídica da imunidade, importa ressaltar que da conduta do parlamentar (opiniões, palavras e votos) não resultará responsabilidade criminal, qualquer responsabilização por perdas e danos, nenhuma sanção disciplinar, ficando a atividade do congressista, inclusive, resguardada da responsabilidade política, pois trata-se de cláusula de irresponsabilidade geral de Direito Constitucional material (RUFFIA, Paolo Biscaretti di. Op. cit., p. 348. Entre nós, conferir a ótima lição de Raul Machado Horta: *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte : Del Rey, 1995. p. 597. No STF: Pleno – RE n. 210.907/RJ – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 12 ago. 1998 – *Informativo STF* n. 118, ago. 1998).

Como salientado por Pontes de Miranda, ao analisar o art. 44, *caput*, da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, de idêntico enunciado ao atual art. 53 da CF/88, “*não se admite o processo porque não há crime; nem cabe a responsabilidade por perdas e danos, porque a irresponsabilidade do art. 44 é geral, de direito constitucional material e, pois, compreensiva da irresponsabilidade penal e da irresponsabilidade civil”* (*Comentários à constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Henrique Cahen, 1946. v. 2. p. 30).

Esse entendimento foi corroborado pela EC n. 35, de 20 de dezembro de 2001, que expressamente passou a prever a exclusão da responsabilidade civil do parlamentar por suas opiniões, palavras e votos.

Em síntese, a imunidade material é prerrogativa concedida aos parlamentares para o exercício de sua atividade com a mais ampla liberdade de manifestação, por meio de palavras, discussão, debate e voto; tratando-se, pois, a imunidade, de cláusula de irresponsabilidade funcional do congressista, que não pode ser processado judicial ou disciplinarmente pelos votos que emitiu ou pelas palavras que pronunciou no Parlamento ou em uma das suas comissões.

A imunidade parlamentar material só protege o congressista nos atos, palavras, opiniões e votos proferidos no exercício do ofício congressual, sendo passíveis dessa tutela jurídico-constitucional apenas os comportamentos parlamentares cuja prática possa ser imputável ao exercício do mandato legislativo.

A garantia da imunidade material estende-se ao desempenho das funções de representante do Poder Legislativo, qualquer que seja o âmbito dessa atuação – parlamentar ou extraparlamentar – desde que exercida *ratione muneris*, como destacado pelo Ministro Celso de Mello (*RTJ*, 155/399).

Dessa forma, estão excluídas as manifestações que não guardem pertinência temática com o exercício do mandato parlamentar (STF – Pleno – Inq. n. 1.344/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 7-8-02. *Informativo STF* n. 276. STF – Pleno – Inq. n. 1.905/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão: 29-4-2004. *Informativo STF* n. 346; STF – 2ª Turma – RE n. 226643/SP - Rel. Min. Carlos Velloso, *Informativo STF* 355. p. 4).

Porém, o Supremo Tribunal Federal tem acentuado que a prerrogativa constitucional da imunidade parlamentar em sentido material protege o parlamentar em todas as suas manifestações que guardem relação com o exercício do mandato, ainda que produzidas fora do recinto da própria Casa Legislativa (*RTJ*, 131/1039; *RTJ*, 135/509; *RT*, 648/318; Inq. n. 510-0-DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, *RTJ*, 135/509; Inq. n. 390-5-RO (Questão de Ordem), Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, *RT*, 648/318; Inq. n. 396-4-DF (Questão de Ordem), Rel. Min. Octávio Gallotti, Pleno, *RTJ*, 131/1039; *RTJ*, 133/90, Rel. Min. Paulo Brossard), ou, com maior razão, quando exteriorizadas no âmbito do Congresso Nacional (*RTJ*, 133/90).

A *imunidade formal* é o instituto que garante ao parlamentar a impossibilidade de ser ou permanecer preso ou, ainda, a possibilidade de sustação do andamento da ação penal por crimes praticados após a diplomação.

Na vigência da Constituição Federal de 1967, com as alterações da EC n. 1/69, poderia o parlamentar ser processado, mas, iniciada a ação penal, seu prosseguimento ficava na dependência da licença de seus pares. Raramente, porém, a licença era concedida, igualando-se as formas de imunidade parlamentar material com a formal. Em virtude disto, a EC n. 22, de julho de 1982, alterou o conteúdo das chamadas imunidades parlamentares, determinando que, desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os Membros do Congresso Nacional não poderiam ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, tendo sido extinta a licença da Casa respectiva como condição de prosseguibilidade da ação penal contra congressista, de maneira que, oferecida a denúncia ou a queixa, seu recebimento não estava mais condicionado a licença da Câmara ou do Senado para eventual continuação do procedimento criminal. O legislador reformador, tendo inovado em matéria de prerrogativas, determinou que, nos crimes comuns, imputáveis a Deputados e Senadores, a Câmara respectiva, por maioria absoluta, poderia, a qualquer momento, por iniciativa da Mesa, sustar o processo.

Não seguindo a tendência anterior, a redação original do art. 53 da Constituição Federal de 1988 consagrou a dupla imunidade formal, uma em relação à possibilidade de prisão, outra em relação à instauração do processo.

A EC n. 35/01, alterando a redação do art. 53 da Constituição Federal, manteve a imunidade formal em *relação à prisão* e alterou significativamente a *imunidade formal processual.*

Assim, os parlamentares, salvo nas hipóteses anteriormente analisadas de imunidade material, estão submetidos às mesmas leis que os outros indivíduos em face do princípio da igualdade, tendo de responder como estes por seus atos criminosos, mas, no interesse público, convém que eles não sejam afastados ou subtraídos de suas funções legiferantes por processos judiciais arbitrários ou vexatórios, emanados de adversário político, ou governo arbitrário.

Consequentemente, esta prerrogativa protegerá os parlamentares contra a

violência dos demais poderes constitucionais ou dos indivíduos em geral.

Em regra, o congressista não poderá sofrer qualquer tipo de prisão de natureza penal ou processual, desde que provisória (prisão temporária, prisão em flagrante por crime afiançável, prisão preventiva, prisão por pronúncia, prisão por sentença condenatória recorrível), pois o STF admite a prisão definitiva, por sentença condenatória transitada em julgado do parlamentar (*RTJ*, 70/607 e 135/509).

Excepcionalmente, porém, o congressista poderá ser preso, no caso de flagrante por crime inafiançável. Nesta hipótese, a manutenção da prisão dependerá de autorização da Casa respectiva para formação de culpa, pelo voto ostensivo e nominal da maioria de seus membros (art. 53, § 2º, CF).

A EC n. 35/01 revogou corretamente a previsão existente na redação constitucional original que exigia "voto secreto" para deliberação sobre a prisão do parlamentar, pois a votação ostensiva e nominal no julgamento de condutas dos agentes políticos é a única forma condizente com os princípios da soberania popular e da publicidade consagrados, respectivamente, no parágrafo único do art. 1º e no art. 37, *caput*, da Constituição Federal e consagradora da efetividade democrática. Assim, a partir da nova redação, a votação deverá ser ostensiva e nominal.

A EC nº 35/01 inovou substancialmente em relação à possibilidade de responsabilização penal de parlamentares, restringindo a tradicional imunidade formal em relação ao processo.

Não há mais necessidade de autorização da respectiva Casa Legislativa (Câmara ou Senado Federal) para que possa ser iniciado processo criminal em face do congressista (STF – Pleno – INQO nº 1.566-1/AC – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 22 março 2002, p. 32; STF – Pleno – IQ nº 1.517-2/GO – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, 8 abril 2002, p. 4; STF – IQ nº 1.640/MT – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 25 março 2002, p. 9; STF – INQ nº 1.637-3/SP, Rel. Min. Celso de Mello, *Informativo STF* n. 266, p. 3. Em relação à existência de licença da Casa Legislativa, antes da ECn. 35/01, conferir: STF – Pleno – Inquérito nº 1.518/AC – Rel. Min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 26 agosto 1999, p. 11).

A imunidade processual parlamentar refere-se, a partir da EC nº 35/01, à possibilidade de a Casa Legislativa respectiva sustar, a qualquer momento

antes da decisão final do Poder Judiciário, o andamento da ação penal proposta contra parlamentar por *crimes praticados após a diplomação.*

A persecução penal dos parlamentares, portanto, sofrerá tratamento diferenciado, dependendo do momento da prática do crime.

Caso o parlamentar tenha praticado o crime *antes da diplomação*, *não haverá incidência de qualquer imunidade formal* em relação ao processo, podendo o parlamentar ser normalmente processado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto durar o mandato (*prerrogativa de foro*).

Na hipótese, porém, de o crime ter sido praticado *após a diplomação*, o parlamentar poderá ser processado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto durar o mandato, sem necessidade de qualquer autorização, porém, a pedido de partido político com representação na Casa Legislativa respectiva, esta poderá sustar o andamento da ação penal pelo voto ostensivo e nominal da maioria absoluta de seus membros.

A suspensão da ação penal persistirá enquanto durar o mandato, e acarretará, igualmente, a suspensão da prescrição.

O termo inicial para incidência da presente imunidade formal, portanto, não está relacionado com a posse, mas sim com a diplomação, pois é nesse momento que se tem a presunção de ter sido validamente eleito o representante, e, então, a Constituição o protege, vedando sua prisão, como analisado anteriormente, e possibilitando a suspensão de ações penais propostas por crimes praticados após esse momento.

A diplomação consiste, portanto, no início do *vinculum iuris* estabelecido entre os eleitores e os parlamentares, que equivale ao título de nomeação para o agente público e somente incidirá a imunidade formal em relação ao processo nos crimes praticados após sua ocorrência.

A imunidade formal processual, alterada pela EC n. 35/01, portanto, não impede o oferecimento da denúncia e seu recebimento pelo Supremo Tribunal Federal.

O procedimento para eventual aplicação da imunidade formal processual, todavia, iniciar-se-á com o recebimento da denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal, que deverá dar ciência à Casa Legislativa respectiva, para análise de eventual sustação do andamento da ação penal.

A *sustação do andamento da ação penal* pela Casa Legislativa respectiva dependerá dos seguintes requisitos (1) *momento da prática do crime*:

independentemente da natureza da infração penal, somente haverá incidência da imunidade formal em relação ao processo quando tiver sido praticada pelos congressistas *após a diplomação*; (2) *termos para sustação do processo criminal*: somente poderá ser iniciado o procedimento pela Casa Legislativa respectiva, se houver *ação penal em andamento*, ou seja, após o recebimento da denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal; persistindo essa possibilidade até decisão final ou até o término do mandato, quando, então, cessarão todas as imunidades; (3) *provocação de partido político com representação da própria Casa Legislativa*: importante ressaltar que não será a ciência do STF à Casa Legislativa respectiva, informando do início de ação penal contra parlamentar por crime praticado após a diplomação, que iniciará o procedimento para análise da sustação do processo criminal. Haverá necessidade de provocação de partido político com representação da Casa respectiva. A Casa Parlamentar não poderá, portanto, agir de ofício ou mesmo por provocação de qualquer de seus membros. A EC nº 35/01 somente concedeu legitimidade aos partidos políticos para a deflagração desse procedimento, por seus órgãos dirigentes, nos termos de seus próprios estatutos; (4) *prazo para análise do pedido de sustação*: a Casa Legislativa terá 45 (quarenta e cinco) dias do recebimento do pedido de sustação pela Mesa Diretora para votar o assunto, sendo improrrogável esse prazo; (5) *quórum qualificado para a sustação do processo*: o § 3º, do art. 53, exige *"voto da maioria de seus membros"*, ou seja, para que a Casa Legislativa suspenda o andamento da ação penal contra parlamentar por crime praticado após a diplomação; deverá obter a maioria absoluta dos votos, que deverão ser ostensivos e nominais.

Observe-se, ainda, que, no tocante à abrangência da imunidade formal, independem de licença quaisquer processos ou medidas de natureza cível, administrativa ou disciplinar, ou mesmo procedimentos criminais em relação a infrações penais praticadas antes da diplomação.

Igualmente, a imunidade formal processual não produzirá nenhum efeito em relação ao prosseguimento de processo criminal, nas hipóteses em que, ao tempo de sua investidura, o parlamentar já estivesse sendo processado, em qualquer juízo ou Tribunal. Nessa hipótese, a competência alterar-se-á para o Supremo Tribunal Federal, que prosseguirá normalmente com o processo penal.

Importante observar que a imunidade formal possui extensão temporal, ou

seja, tem eficácia temporal limitada, protegendo os parlamentares somente durante o exercício atual e efetivo do mandato.

8. Conclusão

A contínua crise da Democracia representativa, somada às circunstâncias atuais da política nacional, acarreta, sem sombra de dúvidas, o descrédito do Poder Legislativo e a perigosa tentativa de desqualificação institucional do Congresso Nacional, com a diminuição das históricas funções e prerrogativas parlamentares.

Não podemos, porém, nos esquecer de uma das mais apaixonantes e importantes afirmações da história da democracia – *o Governo de Leis é melhor do que o Governo de Homens* – para defendermos institucionalmente o fortalecimento do Congresso Nacional.

Quando Platão afirmou que "onde a lei está submetida aos governantes e privada de autoridade, vejo pronta a ruína da cidade; onde, ao contrário, a lei é senhora dos governantes e os governantes seus escravos, vejo a salvação da cidade e a acumulação nela de todos os bens que os deuses costumam dar às cidades." (*Leis*, 715*d*) e Aristóteles que "aos governantes é necessária também a lei que fornece prescrições universais, pois melhor é o elemento que não pode estar submetido a paixões que o elemento em que as paixões são conaturais. Ora, a lei não tem paixões, que ao contrário se encontram necessariamente em cada alma humana" (*Política*, 1286*a*), ambos defendiam o primado da legalidade, que somente pode ser afirmado com um Poder Legislativo soberano independente, forte e que, ao respeitar o povo e seus direitos, consagre o verdadeiro *Estado Constitucional.*

Somente com um Poder Legislativo forte teremos um verdadeiro *Estado Constitucional*, caracterizado pela regência de normas democráticas, eleições livres, periódicas e populares, bem como pelo respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais.

O princípio democrático – consagrado no artigo 1º de nossa atual Constituição Republicana – exprime fundamentalmente a exigência da integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país, a fim de garantir o respeito à soberania popular. Essa participação se dará, em regra, pela via representativa, ou seja, pelo Congresso Nacional.

1 Professor associado da Faculdade de Direito da USP e Professor Titular da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutor e Livre-docente em Direito Constitucional pela USP. Foi Secretário Municipal de Transportes e de Serviços de São Paulo (2007-2010). Foi membro da 1ª composição do Conselho Nacional de Justiça (biênio 2005-2007); Secretário Estadual de Justiça e Defesa da Cidadania de São Paulo (2002-2005) e Promotor de Justiça do Ministério Público de São Paulo (1991-2002). É autor de diversas obras, entre elas, *Direito constitucional* e *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*.

Poder Executivo

Edvaldo Brito[1]

SUMÁRIO

1. Noção de poder. **2.** A separação dos poderes na Constituição Federal de 1988. **3.** O Poder Executivo. **3.1.** Introdução. **3.2.** Titularidade. **3.3.** Funções administrativas e de governo. **4.** O chefe do Poder Executivo. **4.1.** Atribuições. **4.2.** Responsabilidade. **4.2.1.** Espécies de crime. **4.2.2.** Processo e julgamento. **4.3.** Substituição e sucessão. **4.4.** Auxiliares diretos. **4.4.1.** Ministros de Estado. **4.4.2.** O Conselho da República e o de Defesa Nacional.

1. Noção de poder

O *poder* é a aptidão inerente à função de ditar o comportamento alheio.

Gize-se, de logo, que se busca, nesta simples definição, a equidistância das diferentes concepções atribuídas a este vocábulo, inclusive, daquelas que o formulam como *meio de comunicação*[2] ou como *uma capacidade de agir, de fazer, de obrigar, de dirigir, de obter obediência*, enfim de ser *uma força*[3]. Adiante, explicita-se essa sinóptica noção, *supra*.

Por outro lado, aqui se busca proximidade com a noção de *poder* como um fenômeno da organização da vida animal, seja ela brotada da Natureza (poder biologicamente organizado), seja ela objeto da elaboração social (poder socialmente organizado). Em toda essa vida, há hierarquia com *poder*. Neste sentido, diga-se que o *poder*, na sua forma de constituição social, é uma prática comum em todos os campos da estruturação animal e, quando ele se apresenta como modo *político*, isto é, como modo de mando organizado, somente o Estado o tem, por ser, esta forma de mando, uma das *manifestações culturais*, as quais são, obviamente, exclusividade da sociedade animal humana.

Vale dizer: o *poder político* é uma das *manifestações culturais*, porque, entre os animais, somente o homem possui esta capacidade de acrescentar essa característica de vida ao que a Natureza forneceu-lhe como e para o

seu existencial.

Já na civilização cristã, o conteúdo semântico da palavra *poder* comporta uma análise a partir do livro que a orienta, a Bíblia Sagrada, quando se pretenda, em termos de *poder político*, identificar as atribuições que esse tipo de organização social vem a ensejar. Lê-se no Evangelho segundo São João, 19.10-11, que Jesus, respondendo a Pilatos, quando este lhe perguntou: "não sabes que tenho *poder* para te soltar e *poder* para te crucificar?", redarguiu: "nenhum *poder* terias sobre mim, se de cima não te fora dado".

Camões[4] dá essa significação divina, com o nome de *potestade*, a esse *poder* de arbítrio sem condicionantes a que alude Jesus Cristo. Muitas das línguas neolatinas fazem, nesta linha do *poder político*, também, interessantes distinções para as diferentes funções desempenhadas pelos entes do tecido político, dando conteúdo semântico próprio. O francês distingue-*a* (*puissance* = potência, força, poderio, eficácia) de *poder* (*pouvoir*); o italiano, também (*potesta* e *potere*); o espanhol, pela mesma forma (*potestad* e *poder*); o nosso vernáculo registrou-a, como visto *supra*, e será sempre bom segui-lo para que se mantenha castiço.

O exposto permite não confundir, juridicamente, *poder*, nas acepções aqui trabalhadas e, por exemplo, *competência*. Há *poder* quando a função corresponde à aptidão originária de intervir, autoritariamente, no domínio do particular, ditando-lhe o comportamento. Já a *competência* expressa o conjunto de atribuições que uma *autoridade*, que tem esse *poder*, outorga quando designa uma outra para desempenhá-las, dando-lhe, também, o procedimento certo para esse desempenho.

Uma *regra de competência* prescreve as condições para que um ato de criação seja válido e, por isso, tenha força normativa. São elas: a) as que indicam a pessoa ou as pessoas qualificadas a realizar o ato de criação; b) aquelas que descrevem o procedimento de criação; c) as que limitam a matéria objeto da regra que há de ser criada por estas pessoas e segundo este procedimento[5].

O *poder*, portanto, somente se reveste da qualidade de *potestade*, na hipótese de ser daquele tipo que, em um *sistema* de mando, tem a aptidão originária para a determinação do comportamento alheio.

Nesse sentido, o *poder constituinte* exerce *potestade*, quando ele delibera, originariamente, transferir, por exemplo, o patrimônio do particular para a

coletividade (*poder tributário*, que, por sua vez, é diverso do que se chama "*poder de tributar*") mediante a formulação, na Constituição, do sistema tributário; ou na sua deliberação de repartir as suas próprias funções para serem executadas quando ele se dissolver, passada a sua *oportunidade de exercício*, isto é, para que sejam desempenhadas enquanto ele for, somente, uma *eficácia atual*[6]. Nessa repartição, ele opera *descentralização política*, objetivando o exercício da *soberania*, se o regime de *governo* for *republicano* e *democrático* com uma forma *federativa* de Estado. É possível, por outro lado, que nessa distribuição da *soberania* seja esboçada, também, uma *descentralização administrativa*, para, de logo, serem repartidas as *competências*; neste sentido é que se diz ser a Constituição uma lista legal das atribuições dos entes políticos.

A inexistência dessa repartição do *poder político* descaracteriza o governo como *democrático*; já a sua existência categoriza o que se costuma chamar de *separação dos poderes*, típica dos Estados Democráticos de Direito.

2. A separação dos poderes na Constituição Federal de 1988

As fatias de atividades, de natureza *soberana* ou de natureza *administrativa*, deferidas pela Constituição brasileira, legitimando as funções da *sociedade política*, conduzem ao sentido que, aqui, empresta-se, respectivamente, ou às expressões *poder* legislativo, *poder* executivo, *poder* judiciário ou à palavra *competência*.

Daí que, em cada exercício da *potestade*, pelo *ente constituinte*, tem sido mudada a disciplina jurídica do agir dos entes políticos e dos órgãos que compõem a estrutura administrativa dos chamados *poderes*, sempre, atinando com a caracterização jurídica de todos eles como se fosse a de um gênero *competência*, nos termos antes, aqui, definidos.

Esses *poderes* atuam como fonte primária das *competências* listadas no texto constitucional, autoridade suprema do *sistema*, entendida essa palavra (*competência*) como sendo o *critério* que contém os três elementos antes falados.

O exercício das funções atribuídas a esses poderes tem conformação da regra norte-americana dos "freios e contrapesos" (*checks and balances*) ao

serem caracterizadas sob a fórmula da *independência* e *harmonia* entre as atividades outorgadas aos seus diferentes agentes. Por isso, em vez do uso do gênero *competência*, melhor será nesses termos guardar-se o signo *poder* para designar o desempenho da *sociedade civil*, enquanto *potestade*, porque esta, em tais circunstâncias, detém a *força real de poder*[7].

Apesar dessa convicção científica, neste texto, as mais das vezes, segue-se a tradição do uso desse vocábulo *poder*, em lugar ou do signo *competência* ou da palavra *função*.

Feita esta ressalva, diga-se, então, que se consagra a *independência* para esses *poderes* com funções ou de natureza *legislativa*, *administrativa*, *jurisdicional* ou de *governo*, mediante exercício com *autonomia*, com *separação*; mas dá-se a essa *separação* uma nota *sistêmica*, porque a ela se consigna o dever de atuação com *harmonia* que é própria do conjunto orgânico que dá lógica ao *sistema*.

Anna Cândida da Cunha Ferraz[8] fala de três *cláusulas-parâmetros*, nas constituições presidencialistas, para aplicação e manutenção do princípio da separação dos poderes, com as quais se atinge a ideia-fim que o gerou. Essa *independência e harmonia* é uma delas. As outras são a *indelegabilidade* de poderes e a *inacumulabilidade* de funções de poderes distintos.

A observância dessas *cláusulas* evita a ampliação desmesurada das exceções que tornam sem limites essa *separação*, transformando-a em mero princípio nominal, pela confusão entre os poderes e suas funções típicas.

É uma patologia, por exemplo, que compromete a pureza da República participativa, federativa e democrática brasileira, a função legislativa comum, hoje, entre o presidente da República e o Congresso Nacional, através da edição, por aquele, das malfadadas Medidas Provisórias, ainda que a formulação do princípio da *separação* admita evolução, como já concluímos, em outro estudo, a propósito dos decretos-leis do regime constitucional anterior ao de 1988[9]. Ali, essa função legislativa comum era mais comedida. O mecanismo de controle dessa função, que é o Judiciário, em algum momento desta quadra constitucional, já demonstrou complacência ao legitimar Medida Provisória em matéria tributária que a Constituição de 1988 rejeita.

A Constituição Política do Império, mandada observar pela “Carta de Lei” de 25 de março de 1824, criou, no Brasil, o modelo de *separação*, no seu art. 9º, ao estabelecer: “a *divisão* e *harmonia* dos *poderes* políticos é o

princípio conservador dos direitos dos cidadãos e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece".

Desse modo, a fórmula nasce, aqui, como *garantia* do indivíduo, revestida da natureza jurídica de um *princípio* constitucional, portanto, fundamental e veiculador de um *direito subjetivo público*. Pimenta Bueno[10] escreveu sobre *independência* e *harmonia* que "os interesses e relações sociais de ordens diversas, que a razão demanda que sejam confiados a poderes e pessoas distintas, que pressupõem habilitações e condições especiais, são confundidos, olvidados ou sacrificados", se o despotismo prevalecer pela ausência da divisão dos poderes.

Repete-se esta fórmula, no regime da Constituição de 1891, a primeira republicana, mas, somente, na redação que lhe deu a Emenda de 1926, porque no texto original não existiu. Mas gize-se, por necessário, que, nesse caso, o propósito era diverso daquele que constituiu a *garantia* do indivíduo, pois aqui visava, então, permitir ao Governo Federal a intervenção em negócios peculiares aos Estados, a fim de assegurar tal *separação*.

A Constituição de 1934 volta à fórmula geral de 1824, substituindo, contudo, a expressão *divisão* e *harmonia* por *independência* e *coordenação* recíproca.

O texto de 1937, por óbvio, o de uma Constituição outorgada pelo presidente da República, retoma a forma do tema da intervenção nos Estados, o que se mantém no de 1946, ainda que esse tenha um viés liberal que busca proscrever o ranço ditatorial de 1937.

A Constituição de 1967, apesar de sua fonte peculiar, a de ser semioutorgada, restaura a fórmula geral utilizando-se dos signos *independência* e *harmonia*, os mesmos da sua Emenda n. 1/1969 e da Constituição de 1988, ora vigente. É que ela representa uma tentativa de reordenamento jurídico na linha político-ideológica implantada pela revolução militar de 1964, liderando sublevação inspirada na alegada manutenção das instituições que estariam, novamente, ameaçadas por ideologias que seriam contrapostas às aspirações nacionais.

A melhor interpretação, ainda que o texto não seja explícito, é a de que a regra de 1988 tem o mesmo escopo de 1824, qual seja o trabalho dos executores das respectivas funções (legislativas, administrativas e jurisdicionais) em justo equilíbrio e, entre si, auxiliando-se para a realização

do *bem-estar social*.

É certo, também, o desequilíbrio gerado pela hipertrofia funcional do Executivo, causada pela *exclusividade* de desempenho da atividade financeira e a do comando supremo da força armada. Mas o controle legislativo e o jurisdicional temperam esse desequilíbrio mediante os mecanismos dos "freios e contrapesos". Além deles há controle inserido nas atribuições do Ministério Público e do Tribunal de Contas, sem olvidar aqueles pertinentes a) à *soberania popular* (o plebiscito, o *referendum* e a iniciativa popular das leis); b) à participação da *sociedade civil* no processo legislativo, através da sua audiência pelas comissões permanentes e temporárias; c) às garantias fundamentais, revestidas da natureza de *direito subjetivo público*, tais como a ação popular e as denúncias de irregularidades ou ilegalidades perante os Tribunais de Contas.

Há, de qualquer sorte, a *separação*, ao modo de 1988, isto é, com as seguintes peculiaridades: a) a *sociedade civil* tem essa prerrogativa de exercer, *diretamente*, atividades de controle típicas de uma República Participativa, em um Estado Democrático de Direito; b) o legislativo tem a preferência para editar o ato normativo com os cinco caracteres: genérico, abstrato, compulsório, permanente e plural, que é a lei; c) o executivo tem a atividade administrativa e, cumulativamente, edita ato normativo com força de lei, em caso de relevância e de urgência, embora, imediatamente submetido ao legislativo, por não ser um ato plural, que é a *Medida Provisória*; d) o judiciário, incumbido dos atos de *jurisdição única*, ao tempo em que "exerce uma intervenção no processo de realização do direito"[11], tira, assim, da *exclusividade* do legislativo e do executivo, respectivamente, os fenômenos normativo e executório.

O controle jurisdicional brasileiro inclui o monitoramento dos atos normativos dos outros poderes, para mantê-los em conformidade com a Constituição, cuja guarda compete-lhe. Trata-se de uma instituição democrática – esse controle de constitucionalidade feito pelo poder judiciário – que, hoje, não somente confere legitimidade formal, como, também, *material*, pois os atos desses poderes têm de respeitar princípios constitucionais *específicos*, além dos seguintes de natureza *geral*: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, legitimidade e economicidade, os quais atinam, *na Constituição de 1988*, com exame de *mérito dos atos administrativos*.

São estudados dois tipos de controle de constitucionalidade: o *difuso* e o *concentrado*. É equívoco falar de um terceiro que seria o misto. Diz-se que é *difuso* quando o controle é exercido por qualquer órgão do poder judiciário que, conhecendo, no caso concreto, a ofensa à Constituição, protege o direito subjetivo sob sua apreciação, afastando os efeitos do ato normativo transgressor a esse direito. Já o controle *concentrado* existe naqueles sistemas jurídicos, como o alemão, que preveem um órgão com a exclusividade de apreciar e decidir sobre a constitucionalidade dos atos emitidos pelas outras fontes de poder. O controle *difuso* comporta, assim, duas subespécies: o abstrato e o "*incidenter tantum*"[12], realizados através dos respectivos órgãos e mediante instrumentos processuais, tais como: ação direta de inconstitucionalidade; ação declaratória de constitucionalidade; ação de inconstitucionalidade por omissão; a arguição de descumprimento de preceito fundamental; recurso extraordinário; representação de inconstitucionalidade, no âmbito estadual.

Esses órgãos de *controle jurisdicional* são provas de que o judiciário excluiu dos outros dois a função de *únicos* entes ativos do Estado; apesar de serem, ainda, mantidos, para eles, certos privilégios de ordem processual.

A Constituição de 1988 inova, em face das precedentes, ao instituir, explicitamente, o *controle político* "*stricto sensu*" de constitucionalidade mediante a sustação de atos normativos do Poder Executivo que contenham excesso regulamentar. Advirta-se que é uma situação diferente daquela que a Constituição de 1967, com a redação da sua Emenda n. 1, de 17 de outubro de 1969, estabeleceu no seu art. 45 deferindo à lei regular o processo de fiscalização pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, dos atos do Poder Executivo, inclusive os da Administração Indireta.

A inovação, aqui, referida é, efetivamente, um *controle político específico de constitucionalidade*. É certo que se afirma, com razão, que todo monitoramento das atividades estatais na perspectiva de sua conformidade com a Constituição tem natureza política, porque esta lei é, eminentemente, um instrumento político. Por outro lado, sendo rígida, como o é, a Constituição, qualquer norma enviesada de sua verdadeira efetivação, há de ofender-lhe e, por isso, se a infidelidade é relativa à função de regulamentar ato do próprio legislativo ou de sua delegação, é fastidioso querer que ele ainda tenha de socorrer-se de ato jurisdicional para fazer valer o nível de sua capacidade legislativa, então, reduzida ou comprometida ou aumentada pela dita infidelidade.

Esta inovação, contida no inciso V do art. 49 da Constituição, dá legitimidade ativa ao Congresso Nacional para atribuição antes *exclusiva* do judiciário pelo nosso *sistema de jurisdição única*. Essa novidade, então, não impede que o ato sustado, congressualmente, submeta-se ao *princípio do direito subjetivo público de ação* de que é titular o administrado (art. 5º, XXXV) porque seria a *antinomia* entre norma-princípio e norma-simples, para a qual o sistema tem solução, por isso classificável como *antinomia aparente*: um princípio tem superioridade hierárquica sobre uma norma-simples e, assim, prevalece sobre ela. Incólume, portanto, o *sistema de jurisdição única*, até pelo fato de a sustação não implicar *dizer* o direito subjetivo (*jurisdictio*) decorrente do ato submetido a esta interrupção em que consiste, afinal, a sustação. Sustar é interromper; é parar; certamente que, até isto ocorrer, efeitos foram produzidos.

A novidade, também, não implica atribuir-se ao legislativo a função jurisdicional. Insista-se na *jurisdição única*, porque qualquer órgão, na aplicação de um ato normativo, pode preferir empregar uma norma reconhecidamente constitucional a uma outra inconstitucional e isto não implica *dizer* o direito subjetivo (*jurisdictio*). A norma sob comento somente tem efeito para as hipóteses de *excesso* de poder regulamentar ou de limites de delegação legislativa. Fora dessas hipóteses, não há o *controle político* aqui falado. Themístocles Brandão Cavalcanti[13] responde à indagação quanto à prerrogativa de outro ente político, que não o judiciário, deixar de aplicar lei por considerá-la inconstitucional, afirmando que a apreciação da validade da lei em face da Constituição é função do Judiciário, mas, admitindo que é lícito ao ente aplicar o preceito constitucional, autoexecutável, desprezando a lei ordinária que o contrarie, porque aquele que tem responsabilidade de aplicar a lei pode empregar a maior na hierarquia em detrimento de outra.

A doutrina brasileira, a par da estrangeira, tem servido de arrimo para decisões judiciais, no sentido de que a atividade administrativa, exercida pelo executivo, é a efetivação dos princípios constitucionais da Democracia e da República Participativa, por isso, o administrado, na perspectiva da cidadania, tem o direito de receber, da Administração Pública, satisfação dos seus atos, sem restrição de acesso ao curso da elaboração destes[14].

Realizam-se, pelo exposto, à moda brasileira, as lições de Locke e de Montesquieu, pois os poderes deverão estar sempre reunidos, embora

realmente distintos em si, objetivando o bem comum. É de Locke a afirmativa de que “o legislativo é o que tem direito de estabelecer como se deverá utilizar a força da comunidade no sentido da preservação dela própria e dos seus membros [...] todavia, como as leis elaboradas imediatamente e em prazo curto têm força constante e duradoura, precisando para isso de perpétua execução e assistência, torna-se necessária a existência de um poder permanente que acompanhe a execução das leis que se elaboram e ficam em vigor. E desse modo os poderes legislativo e executivo ficam frequentemente separados”[15]; em seguida, o autor cuida do *poder natural* que todo homem tinha naturalmente antes de entrar em sociedade: pode-se falar, hoje, do *poder* da *sociedade civil*, porque “quando, na República, o Povo no seu todo tem o poder soberano, é uma Democracia”[16].

Em conclusão, a *separação de poderes*, com essa nota brasileira de *independência* e *harmonia*, caldeada pelo sistema de *controle* no qual se insere, também, a *soberania popular*, tudo regido pela Constituição, tem a natureza jurídica de um *direito subjetivo público* de que é titular cada cidadão, à medida que a proteção dos seus interesses individuais e sociais, estes, sejam coletivos ou difusos, tem garantia nessa fórmula de “freios e contrapesos”. O Poder Executivo, pelo seu titular, pelos seus órgãos auxiliares e pelos já referidos mecanismos de controle de suas ações, está submetido a esse regime jurídico capitaneado por esses princípios.

3. O Poder Executivo

3.1. Introdução

A divisão dos poderes, em Montesquieu[17], fixa-se mediante três categorias: o Legislativo; o Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes; e o Executivo das que dependem do Direito Civil. A segunda dessas categorias, ele define como “o Executivo, propriamente dito, é o que faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões”, isto porque aquele dependente do Direito Civil (a terceira categoria) é, por natureza, o que “pune os crimes ou julga as demandas dos particulares”, enfim, é o judiciário, ou seja, o que tem o

poder de julgar.

Já preconiza, esse autor[18], o Executivo, propriamente dito, como a "parte do Governo que tendo quase sempre necessidade de uma ação instantânea, é melhor administrá-la por um do que por diversos", contudo, "o que depende do Poder Legislativo muitas vezes é regulado melhor por diversos do que por um só", até porque se essa categoria de poder não se reunisse para ditar as normas, ou o Estado cairia em anarquia, ou tais normas seriam editadas pelo executivo que se tornaria absoluto. Terá de fazê-lo, com periodicidade certa, porque o ponto mais importante da legislação, por exemplo, que é a coleta dos dinheiros públicos, se for estatuída pelo executivo, "não haverá mais liberdade [...]. O mesmo acontece se o legislativo estatui não de ano em ano, mas, para sempre, sobre as forças de terra e mar, que deve confiar ao Poder Executivo".

Por via de consequência, o anteriormente citado desequilíbrio gerado pela hipertrofia funcional do Executivo, causada pela *exclusividade* de desempenho da atividade financeira e a do comando supremo da força armada, ocorrerá, entre nós, sempre, se houver a leniência comprometedora do legislativo e dos demais agentes de controle referidos linhas atrás.

Desde a primeira Constituição republicana, a de 1891, obviamente, regra-se o Poder Executivo, na modalidade de hoje, reunindo, no caso da União Federal, a Chefia da Nação e a atividade gerencial da Federação, como herança das funções do Imperador, no período colonial, como titular dos poderes Moderador (Chefe Supremo da Nação) e Executivo (chefe do respectivo poder exercitado pelos seus Ministros de Estado).

Cresce de importância a análise dessa origem para entender-se o psicossocial legitimador da atuação imperial do presidente da República brasileira, com similitudes monárquicas, desde o direito à moradia até os demais aspectos solenes do seu pomposo exercício pelo seu titular.

O *standard* federativo impõe a padronização do regime jurídico da organização do poder executivo para o Estado Federado, para o Município e para o Distrito Federal.

As Constituições estaduais e as Leis Orgânicas dos Municípios e a do Distrito Federal devem observância aos princípios da Constituição Federal, consequentemente, podem disciplinar o procedimento dos seus respectivos poderes legislativos nos processos de *responsabilidade* por atos do chefe do poder executivo, nele incluído o *juízo de admissibilidade*, como preliminar

do exame de mérito, por inexistência de bicameralismo nesse nível federal. A Constituição silencia sobre o julgamento dos Governadores dos Estados e o do Distrito Federal por *responsabilidade*, o que significa a obediência ao *standard*. Mas é explícita quanto ao dos Prefeitos, estabelecendo a competência do Tribunal de Justiça, e isto quer dizer que somente o Pleno pode processar e julgar o chefe do poder executivo municipal, seja nos crimes de *responsabilidade*, seja nos crimes comuns, porque na linguagem jurídico-processual a menção a Tribunal exclui a atribuição aos seus órgãos fracionários.

Pontes de Miranda[19], com acerto, lembra que o privilégio de foro é exclusivo dos crimes (de *responsabilidade* ou os comuns) cometidos pelo chefe do executivo contra o respectivo ente federado de que é o titular, não abrangendo, pois, aqueles que ofendem a União, se não for o seu próprio chefe de executivo, ou outro Estado ou outro Município.

A observância aos princípios da Constituição Federal conduz, outrossim, a uma questão de *competência* para o exercício da *jurisdição constitucional*, no que toca ao julgamento de ofensa à Constituição Federal, por lei ou ato normativo municipal. O regime de 1967, com a redação da sua Emenda n. 1/69, já referida, era omisso e, por isso, o Supremo Tribunal Federal decidiu que os tribunais dos Estados não poderiam processar e julgar as ações com esse objeto sob pena de usurpar *competência* exclusiva daquele tribunal excelso, a de guarda da Constituição. O regime de 1988 explicita o exercício dessa *jurisdição*, inclusive em face de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual, o que implica saber se há diferença entre *normas de reprodução* e *normas de imitação*, porque quando ela deve observância aos princípios constitucionais ao transplantá-los para o seu texto faz *reprodução*, mas, quando as normas podem ser, ou não, copiadas, o texto, se o fizer, apenas, opera *imitação*. Assim, há impossibilidade de os tribunais estaduais julgarem ações cujo objeto é a ofensa de normas municipais à Constituição Federal, qualquer que seja a sua espécie, devendo, sempre, a questão chegar ao Supremo Tribunal Federal ou pela via *incidenter tantum* do Recurso Extraordinário ou a da Reclamação destinada a preservar a competência e garantir a autoridade das decisões daquela Corte[20].

3.2. Titularidade

Exerce o Poder Executivo, como titular ou como substituto ou sucessor, uma pessoa natural com as seguintes condições de elegibilidade: a) ser brasileiro nato — *se o cargo eletivo for o de presidente e o de vice-presidente da República* — isto é, ter nascido na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço do seu país; ter nascido no estrangeiro, porém, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil; ter nascido no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que seja registrado em repartição brasileira competente ou venha a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira; b) ter idade mínima de 35 (trinta e cinco) anos na data da eleição, porque se esta é uma condição de elegibilidade, não há necessidade de já tê-la completado na data do registro da candidatura[21]; c) estar no pleno exercício dos direitos políticos, ou seja, ser eleitor alistado e alfabetizado; d) ser filiado a partido político, nas condições estabelecidas por lei complementar integrativa da Constituição em matéria de elegibilidade; e) ter domicílio eleitoral no Brasil, nos termos dessa mesma natureza de lei complementar; f) ser eleito, diretamente, pelo povo, entre candidatos ao cargo de *chefe ou o de vice do respectivo Poder Executivo (federal, estadual, distrital ou municipal)*, registrados por partidos políticos, no pleito em primeiro turno, observado o princípio *majoritário*, porque se exige que tenha obtido maioria absoluta de votos, não computados os brancos e os nulos, realizado no primeiro domingo de outubro do ano anterior ao do término do mandato vigente; ou, se nenhum obtiver esse *quorum*, a eleição dar-se-á por maioria simples dos votos válidos, em segunda votação, realizada vinte dias após a proclamação do resultado da primeira, no último domingo desse mesmo mês de outubro, agora, com a participação, apenas, dos dois candidatos mais votados. Este 2º (segundo) turno ocorrerá, apenas, se o cargo for o de chefe ou de vice do Poder Executivo federal ou estadual ou distrital e, no caso municipal, somente naqueles Municípios com mais de 200.000 (duzentos mil) eleitores.

O uso da expressão "*maioria dos votos válidos*", pelo legislador constituinte, sem qualquer adjetivação, significa falar de quantidade de votos em maior número, tomada de referência à outra obtida pelo candidato concorrente na segunda votação. É a essa superioridade numérica que se denomina *maioria simples*, porque é, simplesmente, a superioridade do

resultado que vem a ser demonstrada em certas circunstâncias. É, por isso, conhecida como *relativa* ou *simples*, ou seja, "a que se firma pela *pluralidade*, sem atenção a qualquer relação de número ou cifra, que lhe seja estranha. Resulta simplesmente do maior número de momento, comparativamente ao *número menor*, que lhe ficou abaixo"[22].

Já a enunciação "*maioria absoluta de votos*" exprime uma quantidade correspondente à metade e, pelo menos, mais *um* do universo do alistamento eleitoral que compareceu ao pleito de primeira votação, excluídos aqueles que votaram, mas anularam o seu voto, e aqueles que não o registraram na urna em favor de qualquer candidato (voto em branco).

Fala-se de outras modalidades de maioria, como a *qualificada*, a de *capital* e a de *pessoas*. Mas não se confundem, entre si, nem com as duas antes faladas, a *simples* e a *absoluta*, porque considera, cada qual, uma circunstância própria, respectivamente, a que se configura quando se atinge um número, tomada a totalidade dos *presentes* e dos *ausentes* que poderiam constituir o universo de uma reunião, tal como definido por uma fonte normativa reguladora do *quorum*; ou o valor do *capital* subscrito, qualquer que seja o número de pessoas presentes; ou a que considera o número de *pessoas*, isto é, a maioria destas em uma circunstância de *voto singular*, voto por pessoa.

De qualquer sorte, se de *maioria* é que se trata, então, esse critério eleitoral distingue-se daquele conhecido como princípio da *proporcionalidade* porque este define aquela parte que se destaca de outras componentes de um mesmo universo.

Havendo empate entre candidatos que, já no primeiro turno, estiverem na segunda colocação, então, a segunda votação (segundo turno) terá a participação óbvia do primeiro colocado no primeiro turno e a daquele mais idoso desse grupo de mesma votação que deu empate no primeiro turno.

A morte, a desistência ou o impedimento legal de candidato, concorrente no segundo turno, antes da realização dessa eleição, ensejarão a convocação daquele de maior votação, dentre os remanescentes do primeiro.

Cada candidato será registrado com um outro pleiteante ao cargo de vice que será considerado eleito de modo vinculado com o seu companheiro de cabeça de chapa, filiado ao mesmo partido ou a partido coligado, por isso, ocorrendo qualquer das circunstâncias descritas *supra*, envolvendo o candidato da cabeça da chapa, ela se comunicará com esse pleiteante.

A posse de ambos, a do titular e a do seu respectivo vice, dar-se-á em sessão do colegiado do Poder Legislativo, perante o qual será prestado o *compromisso*, no dia 1º (primeiro) de janeiro do ano subsequente ao da eleição e este dia será o termo inicial dos mandatos de ambos, os quais terão a duração de quatro anos, ainda que, salvo motivo de força maior, só tenham assumido os respectivos cargos depois do dia primeiro de janeiro, mas, sempre, antes de decorridos os dez dias seguintes. Se neste período decendial não houver o início do exercício, será declarado vago o respectivo cargo.

O *compromisso*, suprarreferido, consistirá na declaração de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil.

É permitida a reeleição para um único período subsequente.

3.3. Funções administrativas e de governo

As atribuições do presidente da República podem ser classificadas em duas categorias: as *administrativas* e as *de governo*. Os Governadores de Estado e os Prefeitos Municipais não desempenham funções de governo. As *administrativas* correspondem à aptidão que a Constituição assina ao titular do cargo para praticar atos administrativos, propriamente ditos, isto é, atos jurídicos de gestão dos chamados *serviços públicos* destinados à satisfação das necessidades coletivas de natureza pública reservada a cada ente federado, tomada a expressão *serviços públicos* nos seus sentidos *subjetivo* e *objetivo* empregados no texto constitucional, por exemplo, no art. 145, II ou no 175. *Subjetivamente, serviço público* é o conjunto de órgãos da Administração Pública incumbido de oferecer utilidades fruíveis pelo administrado ou de intervir autoritariamente no domínio do particular (*poder de polícia*), sob regime jurídico típico; *objetivamente*, é a própria utilidade correspondente ao atendimento de necessidade coletiva prestado pela atuação do chefe do Executivo, como responsável maior da Administração e que caracteriza a atividade do *Estado Administração*[23].

As *de governo*, porque são da competência exclusiva do presidente da República, incorporam as atribuições de *Chefe da Nação*, quais sejam, as de superintendente da Federação, o que o identifica como órgão representativo da *soberania* expressa na atividade de *Estado Potestade*.

O chefe do Poder Executivo dirige, com a participação de auxiliares diretos, a chamada Administração Pública. Neste sentido, sua atividade é *administrativa*, isto é, coordena o complexo de órgãos integrantes de uma estrutura destinada à prática de atos com a finalidade de satisfazer as necessidades da coletividade que a Constituição reservou aos entes federados para fazê-lo, por isso, submetido à lei por eles editada. A União, porém, emite a lei federal simples, assim entendida aquela que disciplina as relações jurídicas em que ela é parte, diferentemente da *lei federal nacional* que rege relações na Federação, seja quem for a parte[24].

O presidente da República pratica ato, cuja natureza não é somente *administrativa*, fazendo-o como responsável pela manutenção da ordem pública e da ordem jurídica do Estado como entidade *soberana*, assegurado pela ordem jurídico-constitucional como ato político *stricto sensu*, portanto, inserido nas *funções de governo*, exercidas com a autorização ou com o referendo do Congresso Nacional.

Essas duas funções serão exercidas pelo vice-presidente se se encontrar na *substituição* do presidente ou se o tiver *sucedido*.

4. O chefe do Poder Executivo

4.1. Atribuições

As atribuições do chefe do Poder Executivo a Constituição discrimina-as com a natureza de *competência privativa*. Este trabalho repete, aqui, o que já registrou linhas atrás, mostrando sua simpatia pela trilha daqueles que caminham na distinção entre *potência* e *competência* o que faz chegar ao "jogo de lógica" a que alude a autorreferência de Alf Ross[25]. Assim, uma fonte de atribuições é *potência* quando representa uma autoridade suprema cuja atuação não deriva de nenhuma outra autoridade. Ao contrário, é *competência*, quando deriva.

O "jogo de lógica" demonstra que uma característica fundamental de uma ordem jurídica é a de que a maioria das regras que a constituem seja estabelecida mediante um ato de criação, quer dizer, mediante uma decisão humana, conforme outras regras jurídicas, chamadas *regras de competência*. Uma *regra de competência* prescreve as condições para que

um ato de criação seja válido e, por isso, tenha força normativa. Essas condições – lembre-se – classificam-se em três tipos: 1º) condições que indicam a pessoa ou as pessoas qualificadas para realizar o ato de criação; 2º) aquelas que descrevem o procedimento de criação; 3º) as que limitam a matéria objeto da regra que há de ser criada por essas pessoas e segundo este procedimento.

Consequentemente, toda *regra de competência* (c) constitui uma *autoridade* (A), o que permite esquematizá-la, assim:

A^1 é autoridade suprema do sistema (aqui, é o poder constituinte).

A^1 cria c^2 e, portanto, cria A^2 e dá o seu procedimento.

A lição de Ruy Cirne Lima[26] simplifica a fórmula ao ensinar que a *competência* é a medida da atribuição que a ordem jurídica assina a uma pessoa determinada. E esta medida pode conviver com outra dada a outra pessoa, para o mesmo fim.

A Constituição (A^1) distingue, por isso, entre *competência privativa*, *exclusiva*, *concorrente* e *comum*. A síntese de José Afonso da Silva[27] para diferençar as duas que interessam para a matéria, aqui, em estudo, é lapidar: "a diferença que se faz entre competência exclusiva e competência privativa é que aquela é indelegável e esta é delegável".

A Constituição, por exemplo (parágrafo único do seu art. 84), ao permitir a delegação, categoriza a *competência* do chefe do Poder Executivo no tipo *privativa*, tal como estabelecido no *caput* desse dispositivo.

Podem-se discriminar, doravante, as atribuições que caracterizam *funções administrativas* que, assim, pelo *standard* federativo, são inerentes, no que couber, não só ao presidente da República, mas, também, aos governadores de Estado e aos prefeitos Municipais: nomear; exonerar e demitir; ter a iniciativa do processo legislativo, nos casos constitucionalmente previstos para as leis simples; *sancionar*, *promulgar* e *fazer publicar* todas as leis federais simples e as *nacionais*; vetar, no todo ou em parte, os projetos dessas leis; regulamentar essas leis, para a fiel execução e submeter-se à sustação desses atos normativos, pelo Poder Legislativo, quando venham a exorbitar dessa atribuição ou dos limites de delegação legislativa; expedir decreto sobre matéria deferida à sua função; expor ao Poder Legislativo a situação do ente federado, mediante mensagem e solicitar providências que julgar cabíveis; remeter ao Poder Legislativo o plano de governo; conferir condecorações e distinções honoríficas; prestar contas, anualmente,

referentes ao exercício anterior; exercer outras atribuições que sejam próprias da atividade administrativa previstas na Constituição.

Funções de governo: manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos; celebrar tratados, convenções e atos internacionais; decretar o estado de defesa e o estado de sítio; decretar e executar a intervenção federal; conceder indulto e comutar penas; exercer o comando supremo das Forças Armadas; declarar guerra; celebrar a paz; permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional; convocar e presidir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional; editar medidas provisórias com força de lei.

As funções administrativas:

Nomear, exonerar e demitir – São funções administrativas, por excelência, de quem chefia o Poder Executivo.

Nomear consiste em prover os cargos públicos, mediante a investidura de pessoa natural que preencha os requisitos estabelecidos em lei, tanto para brasileiro quanto estrangeiro, aprovada, previamente, em concurso público de títulos e de provas ou, somente, de provas de acordo com a natureza e a complexidade da atribuição. Os cargos em comissão declarados, legalmente, como de livre nomeação e exoneração, dispensam o concurso, bem assim, a admissão temporária para atender necessidade provisória de excepcional interesse público, tal como o dispuser a lei quanto aos casos e quanto ao contrato como ato de ingresso. A nomeação, assim, é um ato administrativo, plenamente vinculado, sob pena de nulidade.

Esse ato, em alguns casos, quando se trata do chefe do Poder Executivo da União, reveste-se da categoria de *complexo*, assim entendido porque resulta de uma deliberação coletiva declarada de modo harmônico com o mesmo objetivo. É quando depende do voto secreto da maioria absoluta do Senado Federal, após arguição pública do escolhido para a magistratura de Tribunais Superiores e para a chefia da Procuradoria Geral da República. A Constituição, ainda, faz depender da Câmara Alta a aprovação prévia da escolha de ministros do Tribunal de Contas da União nas hipóteses constitucionais de indicação do Presidente da República; de Governador de Território; presidente e diretores do Banco Central; chefes de missão diplomática de caráter permanente.

Exonerar é ato de desligamento, em regra a pedido, de quem ocupa cargo público. A circunstância de a respectiva nomeação ter sido revestida da

categoria de ato *complexo* não acarreta a necessidade do mesmo consentimento do Senado Federal para a exoneração, salvo a exigência expressa da Constituição para o caso do Procurador-Geral da República, antes do término do seu mandato. O procedimento a ser adotado por aquela casa legislativa é o mesmo exigido para a nomeação: voto secreto por maioria absoluta. Os demais cargos têm a sua própria forma de desligamento, tanto que o ato de investidura, sem vício, não pode ser revogado, nem tornado sem efeito.

Demitir é ato de desligamento, com efeito de sanção, de quem ocupa cargo público, ressalvado o demissível *ad nutum* que não carece, necessariamente, de uma *culpa* para ser desligado. Não há pedido de demissão. Há, aqui, dispensa a bem do serviço público, em face das ilicitudes praticadas pelo ocupante do cargo, apuradas, em regra, por procedimento administrativo que lhe assegure a *ampla defesa* e o *contraditório*.

Iniciativa do processo legislativo – É privativa do chefe do Poder Executivo a iniciativa das leis que, no âmbito da União, fixem ou modifiquem os efetivos das forças armadas; que disponham sobre: criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica; que aumentem a remuneração desses instrumentos da atividade administrativa; que disponham sobre a organização administrativa e judiciária, matéria tributária, orçamentária; que disponham sobre servidores públicos, seu regime jurídico, provimentos de cargos, estabilidade e aposentadoria, *idem*, para os militares e suas promoções, reforma e transferência para reserva; que disponham sobre a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública; que disponham sobre criação e extinção de ministérios, secretarias e outros órgãos da Administração Pública que auxiliem, diretamente, a chefia do Executivo. Essa *iniciativa*, no que couber, será idêntica para todos os chefes de Executivo das diversas entidades federadas.

A *competência privativa* admite a atuação de outro poder no campo reservado pela Constituição a um deles. É delegável a atribuição outorgada. As delegações, nas constituições brasileiras, sempre, foram vedadas. Era uma das cláusulas-parâmetro a que se refere Anna Cândida da Cunha Ferraz[28] como consagradora da rigidez da *separação dos poderes*. A Constituição de 1988 não a estabelece, talvez, por desnecessária a explicitação, diante do sistema que discrimina as *competências* em

exclusiva, privativa, comum e concorrente, tal como se disse linhas atrás. Essa autora conclui que, embora se deva fazer uma releitura, diante da omissão voluntária constitucional, intencional, portanto, e abrindo a possibilidade de interpretação mais elástica no tocante à delegação de poderes, pode-se admitir a viabilidade constitucional de delegação de poderes em casos outros que não os previstos expressamente na Constituição. Contudo, sem discordar da tese, mas fazendo a releitura recomendada pela renomada constitucionalista, aqui se entende que a formulação da regra constitucional sobre essa *iniciativa* de leis pertinentes a matéria da intimidade da atribuição do Executivo incide na *cláusula da indelegabilidade* porque, de modo diverso, implicaria uma não permitida flexibilização da *separação de poderes*, com a invasão de qualquer dos outros dois, na intimidade da função administrativa *stricto sensu* deferida ao Executivo, tirando-lhe o necessário domínio sobre sua atribuição, com a agravante de, sendo essa *iniciativa* tomada pelo Poder Legislativo, por exemplo, sumir a diversidade essencial à *separação* que é, afinal, um *direito subjetivo público* do particular, do administrado. Consequentemente, ainda que seja uma *competência privativa*, esta é indelegável por sua própria natureza.

Sancionar, promulgar e *fazer publicar* todas as leis; *vetar projetos de lei* – O chefe do Poder Executivo estadual ou o municipal ou o distrital somente opera essas funções, relativamente às chamadas leis simples, isto é, aquelas de abrangência na sua respectiva área de atuação, no seu território. Já o do federal tem, também, a função de referência às denominadas *leis federais nacionais*, isto é, aquelas que abrangem, no território brasileiro, todas as relações jurídicas sejam travadas com qualquer parte, sejam de qualquer das matérias de sua atribuição legislativa privativa, indelegável por sua própria natureza. A União é, aqui, superintendente da Federação. Essas observações valem para a função de *vetar* por ser esta inerente à de sancionar.

Sancionar é, também, ato privativo do chefe do Poder Executivo. Consiste no seu consentimento, aprovando a nova lei, completando, assim, a sua formação. É uma fase necessária do processo legislativo, porque, ainda quando o Executivo silencie sobre a nova lei, a sanção operará, pelo decurso de prazo, porque ela é, sempre, uma prerrogativa do chefe do Executivo, correspondendo a uma fase que não poderá ser suprimida do processo legislativo.

Promulgar é, também, ato necessário à formação da lei, porém, não é

privativo e sim comum ao chefe do Executivo e, no caso da União, ao presidente do Senado Federal ou do seu vice-presidente. Os Estados, Municípios e Distrito Federal têm a competência comum exercida com o presidente ou o vice-presidente do respectivo Poder Legislativo. Ocorre a *promulgação* quando: a) o chefe do Executivo *veta* o projeto de lei e a maioria absoluta dos membros do Legislativo, em escrutínio secreto, rejeita o *veto*; o projeto retorna ao Executivo para o ato de *promulgação* e não de sanção *stricto sensu*. Mas, neste caso, o seu chefe pode negar-se a fazê-lo; b) a lei, cujo projeto ou pelo silêncio do chefe do Executivo, passados quinze dias da data do recebimento, importa em sanção; ou, tendo sido vetado, o Legislativo derruba o veto, retorna-o ao Executivo e o seu respectivo chefe nega-se a *promulgá-lo* em quarenta e oito horas; hipóteses em que a *promulgação* é do chefe do Legislativo, nos termos supradescritos.

O *veto* no Brasil é *suspensivo* porque tem eficácia de retirar a aplicabilidade dos dispositivos, com os quais discorda o chefe do Executivo, *somente* até o novo pronunciamento do Legislativo que tem a réplica e, por isso, não se há de falar, aqui, em veto *absoluto*, isto é, aquele infenso à réplica porque o chefe do Poder Executivo, com ele, impede, definitivamente, a criação das leis. Todo *veto*, assim, no processo legislativo atual, é *limitado*, ou seja, passível de rejeição pelo corpo que finalizou o respectivo procedimento. Enfim, o *veto suspensivo* é uma das três espécies de *veto limitado* na sua extensão. As outras duas espécies são: veto qualificado e reenvio.

Está na Constituição francesa de 1791 a sua origem, cujo art. 2º, seção III, cap. III, estabeleceu: “no caso em que o rei recuse seu consentimento, esta recusa é apenas suspensiva. Desde que as duas legislaturas seguintes a essa que terá apresentado o decreto, sucessivamente reapresentem o mesmo decreto nos mesmos termos, será como se o rei tivesse dado a sua sanção”. A limitação está na circunstância de que o veto somente vale enquanto durar o período mencionado na Constituição[29].

Fazer publicar as leis – A publicação dá início à eficácia da lei. Daí em diante significa que ela passa a gerar efeitos, porque vige, o que não se confunde com a aplicabilidade, dado que esta depende da vigência e consiste na aptidão de incidência da norma sobre o fato por ela descrito. Lei publicada é norma conhecida, portanto, obrigatória e executável. Ora, fase tão importante de uma lei, já concluída a sua formação, cabe a sua

efetivação ao chefe do Executivo, pois a Constituição conferiu-lhe a atribuição de dar publicidade ao ato legislativo.

Nestes termos, o chefe do Executivo apõe o *publique-se* no *autógrafo*, ou seja, no documento subscrito pelo presidente do corpo legislativo, no qual contém o escrito original que lhe foi remetido.

Expedir decretos e regulamentos para a fiel execução da lei – Cabe ao chefe do Executivo cumprir as leis, pois a vontade da Administração é a vontade do legislador, porque nenhum ato administrativo foge ao princípio constitucional da legalidade. É, por isso, de sua *competência privativa* a expedição dos *decretos* que ora são atos administrativos singulares ou ora são regulamentares, vale dizer, são desdobramentos da lei, sem, contudo, exorbitar dos seus termos a ponto de incidir na proibição de criar, modificar ou extinguir direitos subjetivos[30]. Todo decreto-regulamento deve cuidar para que o seu conteúdo restrinja-se ao das leis em função das quais sejam expedidos.

A cláusula *fiel execução* tem interpretação integrativa com a que se contém na *competência exclusiva* do Poder Legislativo de sustar os atos normativos que exorbitem do poder regulamentar. *Fiel execução* da lei é desdobrá-la sem alterar o seu alcance ou seu conteúdo. À época do texto constitucional de 1891, Barbalho[31], primeiro comentarista de nossas constituições, lançou a indagação: poderão ser suspensos ou cassados pelo poder legislativo os regulamentos expedidos pelo poder executivo? e respondeu pela negativa, por entender que somente o próprio Executivo poderia fazê-lo ou o poder judiciário que poderia torná-lo inútil ou ineficaz, mas, ainda assim, no caso concreto. Contudo, o sistema atual de *freios e contrapesos* mantém o equilíbrio da *harmonia e independência* mediante o controle parlamentar não só das delegações legislativas, mas, também, do *poder de regulamentar* as leis. É um *controle político* "*stricto sensu*" *de constitucionalidade*, conforme exposto linhas atrás, quando foi analisado o princípio da separação dos poderes na atual Constituição. Este controle traz uma grande dose de discricionariedade política, mas impede o vício da inconstitucionalidade da *exorbitância* do poder regulamentar que expressa, afinal, um *desvio*.

O *decreto* é, também, o ato administrativo pelo qual o Executivo disporá sobre a organização e o funcionamento da Administração que não implique aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos, matéria de reserva

de lei, ainda que a iniciativa desta seja do chefe do Executivo; o *decreto* disporá, outrossim, sobre a extinção de funções ou de cargos públicos, quando vagos, pois lhe cabe, também, prover e extingui-los, na forma da lei. O chefe do Poder Executivo da União tem a faculdade de delegar, para o exercício das respectivas funções, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, a sua atribuição de organização e funcionamento da administração federal, prover cargos públicos, conceder indulto com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei. Esses agentes públicos não editam decreto, logo, terão de cumprir a delegação emitindo os atos administrativos que lhes são deferidos. Aqui, não incide na cláusula da indelegabilidade, antes falada, porque não se trata da abdicação de funções inerentes a poderes diferentes, mas, sim, de transferência de atribuições *interna corporis*, permitida originariamente pela Constituição.

Remeter mensagem e planos, prestar contas, ao Poder Legislativo – O chefe do Poder Executivo, anualmente, através de *mensagem*, deve expor, ao Poder Legislativo, na abertura de cada sessão legislativa, a situação do ente federado que administra e, se for o caso, pedir as providências que entender necessárias; e sessenta dias depois prestar contas referentes ao exercício anterior.

A Constituição privilegia um *sistema de planos*, fixando prazo para a remessa destes ao exame legislativo, porque é através deles que o Estado, pelos seus diversos entes federados, normatiza e regula a atividade econômica. O *plano* é determinante para o setor público e indicativo para o setor privado e é por isso que aqui se atribui a este procedimento a natureza de *poder-dever* do chefe do Executivo. São três as espécies desses planos: a) plano plurianual com as diretrizes, os objetivos e metas da Administração; b) lei de diretrizes orçamentárias – LDO – contendo metas e prioridades da Administração para o exercício subsequente, incluindo despesa de capital, orientação para a elaboração da lei orçamentária anual, dispondo sobre as alterações da legislação tributária, estabelecendo a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento; tudo isto torna a LDO uma prerrogativa do administrado no sentido de que este direciona as suas atividades com fundamento nesse plano; c) orçamento anual, compreendendo o orçamento fiscal e o de investimento, elaborado com base na LDO.

O plano plurianual vige até o final do primeiro exercício financeiro

subsequente do mandato do chefe do Poder Executivo e será encaminhado ao Poder Legislativo até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro. Assim, cada chefe de Executivo recebe do seu antecessor o planejamento do seu primeiro ano, prepara o seu, para os seguintes três anos e também o do primeiro ano do seu sucessor.

O planejamento de gestão é hoje regido pela chamada *lei de responsabilidade fiscal* (Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000) para cuja desobediência há sanções, inclusive, de natureza criminal estabelecidas pela Lei n. 10.028, de 20 de outubro de 2000.

A *responsabilidade fiscal* tem como *pressuposto*: a) – o *planejamento* e b) – a *transparência* e tem como *objetivos*: a) – prevenir riscos e corrigir desvios que afetem o equilíbrio das contas públicas; b) – cumprir metas de resultados entre receita e despesa; c) – obedecer limites e condições quanto: c¹ – a renúncia de receita, c² – geração de despesas com pessoal, despesas da seguridade social e outras pertinentes; c³ – dívidas consolidada e mobiliária; c4 – operações de crédito, inclusive por antecipação de receita orçamentária – ARO; c5 – concessão de garantia e c6 – inscrição em restos a pagar.

O *pressuposto* planejamento está relatado *supra* com a exposição sobre o *sistema de planos.*

O outro, a *transparência* da gestão fiscal tem como instrumentos, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: a) – os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; b) – as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; c) – o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e d) – as versões simplificadas desses documentos. Além de:

I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;

II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público;

III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e atenda, para os fins a que se refere o item II, o necessário à disponibilização a qualquer pessoa física ou jurídica do acesso

a informações referentes a:

a – quanto à despesa: todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado;

b – quanto à receita: o lançamento e o recebimento de toda a receita das unidades gestoras, inclusive referente a recursos extraordinários.

Nesse quesito da transparência, a lei, sob comento, determina, ainda, que as contas apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo ficarão disponíveis, durante todo o exercício, no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade, sendo que a prestação de contas da União conterá demonstrativos do Tesouro Nacional e das agências financeiras oficiais de fomento, incluído o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, especificando os empréstimos e financiamentos concedidos com recursos oriundos dos orçamentos fiscal e da seguridade social e, no caso das agências financeiras, avaliação circunstanciada do impacto fiscal de suas atividades no exercício.

A escrituração e consolidação das Contas obedecem às normas de contabilidade pública. A escrituração das contas públicas observará também as seguintes:

I – a disponibilidade de caixa constará de registro próprio, de modo que os recursos vinculados a órgão, fundo ou despesa obrigatória fiquem identificados e escriturados de forma individualizada;

II – a despesa e a assunção de compromisso serão registradas segundo o regime de competência, apurando-se, em caráter complementar, o resultado dos fluxos financeiros pelo regime de caixa;

III – as demonstrações contábeis compreenderão, isolada e conjuntamente, as transações e operações de cada órgão, fundo ou entidade da administração direta, autárquica e fundacional, inclusive empresa estatal dependente;

IV – as receitas e despesas previdenciárias serão apresentadas em demonstrativos financeiros e orçamentários específicos;

V – as operações de crédito, as inscrições em Restos a Pagar e as demais

formas de financiamento ou assunção de compromissos junto a terceiros deverão ser escrituradas de modo a evidenciar o montante e a variação da dívida pública no período, detalhando, pelo menos, a natureza e o tipo de credor;

VI – a demonstração das variações patrimoniais dará destaque à origem e ao destino dos recursos provenientes da alienação de ativos.

No caso das demonstrações conjuntas, excluir-se-ão as operações intragovernamentais. A edição de normas gerais para consolidação das contas públicas caberá ao órgão central de contabilidade da União, enquanto não implantado o conselho de gestão fiscal. A Administração manterá sistema de custos que permita a avaliação e o acompanhamento da gestão orçamentária, financeira e patrimonial.

O Poder Executivo da União promoverá, cumprindo verdadeira função de superintendência da Federação, até o dia 30 (trinta) de junho, a consolidação, nacional e por esfera de governo, das contas dos entes da Federação relativas ao exercício anterior, e a sua divulgação, inclusive por meio eletrônico de acesso público. Para este fim, os Estados e os Municípios encaminharão suas contas ao Poder Executivo da União nos seguintes prazos:

I – Municípios, com cópia para o Poder Executivo do respectivo Estado, até 30 (trinta) de abril;

II – Estados, até 31 (trinta e um) de maio.

O descumprimento dos prazos aqui indicados impedirá, até que a situação seja regularizada, que o ente da Federação receba *transferências voluntárias* e contrate operações de crédito, exceto as destinadas ao refinanciamento do principal atualizado da dívida mobiliária.

O Relatório Resumido da Execução Orçamentária, referido *supra*, é exigência constitucional (§ 3º do art.165) e abrangerá todos os Poderes e o Ministério Público, será publicado até trinta dias após o encerramento de cada bimestre e composto de:

I – balanço orçamentário, que especificará, por categoria econômica, as:

a) receitas por fonte, informando as realizadas e a realizar, bem como a previsão atualizada;

b) despesas por grupo de natureza, discriminando a dotação para o exercício, a despesa liquidada e o saldo;

II – demonstrativos da execução das:

a) receitas, por categoria econômica e fonte, especificando a previsão inicial, a previsão atualizada para o exercício, a receita realizada no bimestre, a realizada no exercício e a previsão a realizar;

b) despesas, por categoria econômica e grupo de natureza da despesa, discriminando dotação inicial, dotação para o exercício, despesas empenhada e liquidada, no bimestre e no exercício;

c) despesas, por função e subfunção.

Os valores referentes ao refinanciamento da dívida mobiliária constarão destacadamente nas receitas de operações de crédito e nas despesas com amortização da dívida e o descumprimento do prazo previsto sujeita o ente às sanções já mencionadas relativamente às *transferências voluntárias* à contratação de operações de crédito.

Esse Relatório Resumido será acompanhado de demonstrativos relativos a:

I – a evolução da receita corrente líquida, assim como a previsão do seu desempenho até o final do exercício, além da sua apuração, na forma seguinte: somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos: a) na União, os valores transferidos aos Estados e Municípios por determinação constitucional ou legal, e as contribuições mencionadas na alínea *a* do inciso I e no inciso II do art. 195, e no art. 239 da Constituição; b) nos Estados, as parcelas entregues aos Municípios por determinação constitucional; c) na União, nos Estados e nos Municípios, a contribuição dos servidores para o custeio do seu sistema de previdência e assistência social e as receitas provenientes da compensação financeira citada no § 9º do art. 201 da Constituição.

II – receitas e despesas previdenciárias apresentadas em demonstrativos financeiros e orçamentários específicos;

III – resultados nominal e primário;

IV – despesas com juros;

V – Restos a Pagar, detalhando, por Poder e órgão, os valores inscritos, os pagamentos realizados e o montante a pagar.

O relatório referente ao último bimestre do exercício será acompanhado também de demonstrativos:

I – do atendimento do disposto no inciso III do art. 167 da Constituição, conforme o total dos recursos de operações de crédito, considerado o

ingresso em cada exercício e o total das despesas de capital executadas, obedecidos os critérios estipulados pela lei de *responsabilidade fiscal;*

II – das projeções atuariais dos regimes de previdência social, geral e próprio dos servidores públicos;

III – da variação patrimonial, evidenciando a alienação de ativos e a aplicação dos recursos dela decorrentes.

Poderão, quando for o caso, ser apresentadas justificativas: a – da limitação de empenho; b – da frustração de receitas, especificando as medidas de combate à sonegação e à evasão fiscal, adotadas e a adotar, e as ações de fiscalização e cobrança.

O Relatório de Gestão Fiscal, também, mencionado *supra*, será emitido, ao final de cada quadrimestre, pelos titulares dos Poderes e órgãos aos quais a lei de *responsabilidade fiscal* atribui limites de despesa de pessoal considerados os percentuais da receita corrente líquida, assinado pelo:

I – Chefe do Poder Executivo;

II – Presidente e demais membros da Mesa Diretora ou órgão decisório equivalente, conforme regimentos internos dos órgãos do Poder Legislativo;

III – Presidente de Tribunal e demais membros de Conselho de Administração ou órgão decisório equivalente, conforme regimentos internos dos órgãos do Poder Judiciário;

IV – Chefe do Ministério Público, da União e dos Estados.

Este relatório, também, será assinado pelas autoridades responsáveis pela administração financeira e pelo controle interno, bem como por outras definidas por ato próprio de cada Poder ou órgão e conterá: a – comparativo com os limites de que trata a Lei Complementar, aqui, comentada, dos seguintes montantes: 1 – despesa total com pessoal, distinguindo a com inativos e pensionistas; 2 – dívidas consolidada e mobiliária; 3 – concessão de garantias; 4 – operações de crédito, inclusive por antecipação de receita; 5 – despesas de juros; b – indicação das medidas corretivas adotadas ou a adotar, se ultrapassado qualquer dos limites; c – demonstrativos, no último quadrimestre: 1 – do montante das disponibilidades de caixa em trinta e um de dezembro; 2 – da inscrição em Restos a Pagar, das despesas: a – liquidadas; b – empenhadas e não liquidadas, inscritas por atenderem as condições legais; c – empenhadas e não liquidadas, inscritas até o limite do saldo da disponibilidade de caixa; d – não inscritas por falta de disponibilidade de caixa e cujos empenhos foram cancelados; 3 – da

liquidação das operações de crédito por antecipação de receita orçamentária, até o dia 10 (dez) de dezembro de cada ano, com juros e outros encargos incidentes; bem assim da inexistência dessas operações, no último ano de mandato do chefe do Poder Executivo.

O conteúdo do relatório não é igual para alguns titulares de órgãos mencionados na lei; a data de publicação será a de até trinta dias após o encerramento do período a que corresponder, com amplo acesso ao público, inclusive por meio eletrônico. O descumprimento do prazo sujeita o ente à sanção já referida linhas atrás. Há forma padronizada, para esta peça, segundo modelos atualizáveis pelo conselho de gestão fiscal.

A Prestação de Contas feita pelos chefes do Poder Executivo incluirá, além das suas próprias, as dos Presidentes dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Chefe do Ministério Público, as quais receberão parecer prévio, separadamente, do respectivo Tribunal de Contas.

A prestação de contas evidenciará o desempenho da arrecadação em relação à previsão, destacando as providências adotadas no âmbito da fiscalização das receitas e combate à sonegação, as ações de recuperação de créditos nas instâncias administrativa e judicial, bem como as demais medidas para incremento das receitas tributárias e de contribuições.

Será dada ampla divulgação dos resultados da apreciação das contas, julgadas ou tomadas.

As funções de governo:

Já foi dito que estas funções são próprias do chefe do Poder Executivo da União, porque este ente federado exerce a superintendência da Federação. Kelsen[32], ao estudar a estrutura espacial do Estado, esclarece que as normas que compõem a ordem jurídica do Estado podem ter todas uma esfera de vigência igual, valendo todas para todo o território do Estado ou podem, ao contrário, umas terem vigência em todo o território e outras somente em uma parte deste.

São os vários graus de *descentralização política*. O oposto – *centralização total* – ocorre quando todas as normas do sistema valem, sem exceção, para todo o território. Há, outrossim, *descentralização total* quando todas as normas do sistema, sem exceção, valem somente para uma parte do território.

A federação brasileira é, em linguagem kelseniana, um tipo de *descentralização política incompleta*, na qual a legislação está repartida

entre um órgão central e vários órgãos locais, de modo que a lei local tem o seu conteúdo determinado pela Constituição que estabelece os princípios gerais que aquela deve observar, mas, há uma norma, também, com fundamento de validez constitucional que tem vigência em todo o território nacional e é emitida pela União, na sua qualidade de superintendente da Federação. São as leis de normas gerais ou são aquelas, especificamente, chamadas de *leis federais nacionais*.

Manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos – Esta cláusula exclui a celebração dos tratados, convenções e atos internacionais, de cujo assunto tratar-se-á adiante e, por isso, há de ser aqui entendida no sentido de relações de cortesia que lhe são deferidas porque o presidente da República é considerado o mais alto representante do Estado brasileiro, incumbido de declarar a vontade do Estado, pelo que faz nascerem vínculos e é, em razão desta circunstância, que lhe cabe escolher os chefes de missão diplomática de caráter permanente com a aprovação prévia do Senado Federal.

Celebrar tratados, convenções e atos internacionais – Estes acordos entre o Brasil e Estados estrangeiros são da competência privativa do presidente da República, mas nem todos necessitam do referendo do Congresso Nacional, porque a Constituição, em relação a esses ajustes, outorga competência exclusiva ao Congresso Nacional, mas, para *resolver* definitivamente sobre os tratados, acordos ou atos internacionais quando acarretem *encargos* ou *compromissos gravosos* ao patrimônio nacional.

A Constituição de 1824 deferiu o exercício da chefia do Poder Executivo ao Imperador e incluiu nas suas atribuições a de fazer tratados de aliança ofensiva e defensiva, de subsídio e comércio, levando-os, depois de concluídos, ao conhecimento da Assembleia Geral, quando o interesse e segurança do Estado o permitissem. E acrescenta: se os tratados concluídos em tempo de paz envolverem cessão ou troca de território do Império, ou de possessões a que o Império tenha direito, não serão ratificados sem terem sido aprovados pela Assembleia Geral.

Assim, tem início o regime jurídico constitucional da matéria, na legislação pertinente de fonte normativa brasileira. A República inaugura esse regime, outorgando competência privativa ao presidente para entabular negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, *sempre ad referendum* do Congresso, e aprovar aqueles que os Estados federados celebrassem na conformidade da faculdade que lhe foi atribuída de

celebrarem, entre si, ajustes e convenções sem caráter político, submetendo-os, quando *coubesse*, à autoridade do Congresso.

Note-se que, até essa época, o Poder Legislativo, nessa matéria, tinha competência, sempre, sob uma condição.

É essa a primeira Constituição republicana e é a que insere, em texto do seu gabarito, no Brasil, a expressão "resolver definitivamente" sobre esses atos internacionais, isto quando ela descreve as atribuições do Congresso Nacional; expressão essa que, então, começa a desafiar a doutrina quanto a sua interpretação. A razão desse advérbio – *definitivamente* – está no fato de que a iniciativa dos tratados era do Ministro das Relações Exteriores. Somente após concluídas as negociações e de assinados é que os atos internacionais submetiam-se ao Congresso, a quem cabia a finalização, de modo *definitivo*. Note-se que no texto de 1891 (art. 34, n. 12) não há condicionantes, logo, todos os tratados e convenções teriam de ser *resolvidos* pelo Congresso.

Observe-se que, também, na Constituição imperial de 1824 os atos estavam sujeitos aos dois ramos do poder legislativo – a *Assembleia Geral* composta da Câmara de Deputados e do Senado ou Câmara de Senadores – mas com a condicionante de que tal apenas ocorreria, quando o interesse e segurança do Estado o permitissem (art. 102, 8º); da mesma forma, na de 1891, deferiu-se ao *Congresso* – isto é, às duas casas legislativas, a Câmara dos Deputados e o Senado. Diferente, assim, dos Estados Unidos da América onde somente o Senado tem a atribuição e de outros países, pois a extensão da competência do Legislativo não é igual em todos, no que toca às negociações internacionais[33].

A Constituição de 1934 mantém a cláusula e inclui os tratados de paz (art. 40, *a*). Portanto, todos. A de 1937 estabelecia a iniciativa da discussão e votação no Conselho Federal – que era uma das duas câmaras do Parlamento Nacional – de todos os tratados e convenções internacionais. Os textos de 1946 e de 1967, redação da Emenda n. 1/1969, mantêm os mesmos elementos, na competência exclusiva do Congresso Nacional.

Resolver definitivamente não se confunde com o ato de *ratificação*. Rezek[34] ensina que parlamentos nacionais não ratificam tratados porque não têm voz exterior, nem habilidade para a comunicação direta com Estados estrangeiros. É por isso que se afirma, também, aqui, com a adesão deste trabalho, a impossibilidade jurídica de o Congresso *emendar* a

convenção internacional[35]. *Ratificação*, diz este autor, é o ato unilateral com que o sujeito de direito internacional, signatário de um tratado, exprime, definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se; é uma das fases da *expressão do consentimento*, na qual o Chefe de Estado que, no Brasil, é o chefe do Poder Executivo da União, confirma a assinatura com que, em fase anterior, o seu representante plenipotenciário pôs termo à negociação.

Ora, é nesse ambiente que se deve interpretar o enunciado "resolver definitivamente", ou seja, necessidade de *ratificação* e de posterior e *definitiva* homologação pelo Congresso. Logo, nem todo ato internacional necessita de passar por essa fase. Já a Constituição de 1988 tem discurso diferente, porque admite condicionante da existência de gravame. Assim: *primeiro*, esse discurso constitucional não se limita a tratados, o que significa que outros atos internacionais têm espaço. São, por exemplo, as *declarações* e as *notas diplomáticas* que não carecem de qualquer participação do legislativo. *Segundo*, traz a condicionante, como havia uma na Constituição de 1824, de que os atos internacionais listados, inclusive os tratados e os acordos, terão de acarretar encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Isto implica fazer-se a classificação desses atos, especialmente, a dos tratados, para identificar os gravames.

Tratado é um ato jurídico celebrado por sujeitos do direito internacional público, por isso, suas partes são Estados ou organizações internacionais determinados, com um objetivo e um objeto certos. Submete-se a uma solenidade, que inclui a forma escrita compreendendo um preâmbulo e a parte dispositiva; a assinatura e, se necessária, a *ratificação*. Há quem o distinga da *convenção* internacional, mas há quem empregue as duas palavras, indiferentemente, como sinônimos[36]. Rezek adverte para o uso constante da fórmula *tratados e convenções* pelo legislador brasileiro, inclusive o da Constituição, induzindo o leitor desavisado à ideia de que os dois termos prestem-se a designar atos jurídicos diversos; no entanto, há de registrar-se na experiência convencional brasileira variantes terminológicas de *tratado*, em português: *acordo, ajuste, arranjo, ata, ato, carta, código, compromisso, constituição, contrato, convenção, convênio, declaração, estatuto, memorando, pacto, protocolo e regulamento*; concluindo, esse autor, que esses termos são de uso livre e aleatório.

O *tratado*, tomado em sentido amplo, pode significar todos esses termos,

mas, em termos estritos, pode ser entendido como ato que obriga as partes criando uma situação jurídica entre elas. Assim, fala-se de *tratados-leis*, que são os acordos de vontades que se impõem aos signatários a título de vontade comum superior e se fala de *tratados-contratos*, que se constituem por um acordo recíproco de vontades que criam direitos e deveres no proveito e a cargo dos Estados contratantes, como os tratados de comércio, de aliança ou os de delimitação de fronteiras.

A *convenção*, por conseguinte, há de significar um acordo sobre regras gerais de direito, como se pode exemplificar com a Convenção de Haia. Clóvis Bevilaqua[37] está entre aqueles que fazem a distinção e, invocando os romanos, informa que convenção era um termo geral, o gênero dentro do qual se incluíam as espécies pacto e contrato, *conventionis verbum generale est, ad omnia pertinens de quibus negotii contrahendi, transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt*.

A distinção passa a ser relevante. Os outros *termos*, além, de *tratado* e de *convenção* designam *atos* de menor importância. O discurso constitucional não será, por isso, de uso livre. Veja-se que a outorga de *competência exclusiva* ao Congresso é para *resolver* sobre tratados, acordos ou atos internacionais que *acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional*, enquanto a *competência privativa* do presidente da República é para celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. Exige-se, aqui, *interpretação integrativa*.

Esta modalidade explica o microssistema constitucional que rege a vigilância internacional incumbida ao presidente como chefe de Estado e ao Congresso como representante da Nação.

Ao presidente cabe celebrar, além dos tratados e atos internacionais que não sejam tratados, nem convenções, mas também estas. Ao Congresso compete *resolver definitivamente* tratados e todos os outros atos internacionais, excluída a *convenção* que, por ser típica, deveria estar, de modo explícito, na lista de sua competência para *resolver*, e não está. Considerando-se o conceito de *competência* examinado linhas atrás, entende-se que as atribuições outorgadas são *numerus clausus*, porque, como acentua Ruy Cirne Lima[38], ela significa a medida do poder que a ordem jurídica assina a um órgão determinado para a prática de atos jurídicos, por isso, a atribuição, assim, conferida não constitui direito

subjetivo da pessoa ou do órgão públicos; nem esse ente pode sujeitá-la a *termo* ou a *condição*; nem lhe é facultada a ampliação nem a renúncia. A quem a ordem jurídica outorgou *competência*, cumpre um *munus*; tem de estar sempre cuidando da sua medida, sob pena de cometer *desvio de poder* ou, mesmo, *abuso de poder*, fugindo, então, da finalidade normativa. A atividade daí decorrente é *vinculada*.

Por outro lado, insista-se: o Congresso somente dá a última palavra aos atos internacionais que acarretem gravames, isto é, ato jurídico que impõe uma certa prestação com repercussão no patrimônio nacional. Portanto, ao presidente incumbe, apenas, apresentar ao Congresso esse tipo de ato, entendendo-se, assim, de modo *integrativo*, que somente estão sujeitos ao referendo do Congresso Nacional os atos que acarretem encargos ou compromissos gravosos (gravames) ao patrimônio da Nação.

A *convenção internacional* estará, sempre, excluída da análise definitiva do Legislativo, seja pela própria natureza do ato, seja porque, sendo ato jurídico típico, não consta da lista de *competência* do Congresso.

Insista-se que não se deve considerar *convenção*, no texto de 1988, como um termo de uso livre e aleatório, tendo em vista o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição.

Insista-se, de outra forma, na *interpretação integrativa*, já, agora, com o auxílio do *método lógico-linguístico*.

Essa *metodologia* consiste em trazer-se o auxílio da *Semiótica* e da *Lógica*, transformadas em ciências ancilares porque, assim, elas passam a ter o *Direito* como o seu respectivo *objeto*. A primeira das duas faz-nos aceitar que uma afirmação do homem, na busca de comunicar-se com perfeição, é um *signo* ou é um conjunto de *signos*. Já, pelo lado da *Lógica*, consegue-se disciplinar essa afirmação evitando patologias que tornam ambíguo o discurso.

Assim, a moderna *teoria do método* – adotada por CARNAP para o estudo da *teoria geral de sinais e linguagens* aplicados à estrutura da comunicação humana – formula os conceitos de *semântica, sintaxe* e *pragmática* com os quais identifica as relações mantidas por esses *signos* e *símbolos*, uma vez que as frases e a sua forja são concatenações dessas designações.

A *semântica* é uma relação entre o *signo* e o objeto designado por ele. Um *signo* designa mais de um objeto, podendo, assim, gerar ambiguidades que

serão dissipadas à medida que se examinem as relações *sintática* e *pragmática* deste *signo*, no contexto da mensagem que inclui o emissor. Se alguém disser: "*o banco*", estará certamente referindo-se a um objeto que tanto pode ser aquele onde as pessoas *sentam*, como pode ser uma *instituição financeira*; logo, é necessário dissipar a ambiguidade.

A *sintaxe* é uma relação de um *signo* com outro, de modo que o conteúdo *semântico* de cada qual deles conduza à solução de ambiguidades. Agora, se se juntar ao *signo* "*banco*" o *signo* "*quebrou*", tem-se a mensagem de que o objeto *destruiu-se*, embora, ainda não se saiba, propriamente, qual deles (*assento* ou *instituição financeira*?); o que se tornará explícito com a sua identificação na relação *pragmática*.

A *pragmática* é uma relação entre o sujeito e o *signo* por ele utilizado. É, assim, uma relação comportamental. Analisando-a, ter-se-á a dissipação de todas as dúvidas. Por conseguinte, se o sujeito que emite a mensagem for um profissional do segmento *financeiro*, então, "*o banco quebrou*", em face desta relação *pragmática*, significará que uma *instituição financeira* está sob falência.

Pois bem: o *Direito* entra aqui. Ele não é *linguagem*, mas é um *objeto cultural* que se expressa mediante esse instrumento da comunicação, enquanto se traduz através dos *signos* que compõem a *norma jurídica*, seja a emitida pelo legislador (*linguagem do objeto*); seja a emitida pelo órgão jurisdicional ou pelo discurso do doutrinador (*metalinguagem*, isto é, *linguagem* com a qual se fala do *objeto*). Ele é, também, expresso pela *linguagem*, enquanto constitui repertório representativo do *cometimento* com o qual sempre se apresenta como um fenômeno *deôntico* (pessoas e objetos específicos que exprimem o mundo jurídico que *comete* o cumprimento dos *deveres*).

O *Direito* não é *linguagem*, mas somente se expressa por seu intermédio e em circunstância interessante, porque sendo ele, no mundo do *conhecimento*, um *objeto cultural*, passa a consistir-se, ao mesmo tempo, também, no próprio sujeito *cognoscente*. Então, necessário é que a *metalinguagem* não comprometa a *linguagem do objeto*, especialmente pela cessão de espaço às preferências desse *sujeito*, quando ele estuda ou investiga o *objeto* que, afinal, é, como dito, esse próprio *sujeito* investigador.

A *teoria do conhecimento*, isto é, o estudo das relações entre esse *sujeito*

(cognoscente) e os *objetos* (cognoscíveis) que lhe são dados a conhecer, identifica quatro campos ônticos nos quais se desenvolve esse estudo: o natural, o ideal, o metafísico e o *cultural*, conforme o objeto apresente-se, respectivamente, como produção da Natureza, da ideologia dos homens, das suas crenças ou das suas atividades no *meio social*.

A produção dessas atividades do homem no *meio social* é, na Sociologia, estudada como *manifestações do espírito humano*, já se tendo constatado um número mínimo existente em todo e qualquer agrupamento humano seja qual tenha sido o tempo ou o lugar de existência desse agrupamento. Assim, a moral (ética), as normas do trato social (etiqueta), o Estado (poder político formal), o *Direito* (regras de conduta social providas de sanção organizada) são *manifestações* desse tipo, isto é, *culturais*, o que equivale a dizer são produções da atividade social do homem, por isso, são *acréscimos* que ele faz ao que a Natureza produziu e lhe legou.

O *Direito*, consequentemente, é um *objeto cultural* cujo conteúdo é o de uma *instituição* desde que se trata de reflexo da vida humana captada em toda a evolução dessa vida. Nada é mais vital do que a *linguagem*, por isso cumprem, no seu uso, evitar-se ambiguidades que decorrem das preferências do *sujeito cognoscente*, nessas hipóteses em que ele é o próprio *objeto cognoscível*. Isto sempre será possível se ele adota *rigor* na emissão da sua mensagem.

A *norma jurídica*, que é uma das formas de expressão do *Direito*, é tocada, afetada e animada por essa vida, porque é o pensamento da conduta humana na sua interferência intersubjetiva, na acertada concepção da escola egológica de Carlos Cossio, já referido antes. Logo, qualquer mensagem que ela expresse tem de ser *rigorosa*.

É a *metodologia*, em face do exposto, que propicia o *rigor* falado *supra*. Neste caso, há outra entidade *epistemológica*, também, da Ciência Jurídica *stricto sensu*, incumbida de preparar esse *rigor*: é a *Lógica* que, até, adaptou-se ao repertório do *Direito* para assumir a especificidade como *Lógica Jurídica*.

A *Lógica* elabora os princípios básicos, segundo os quais um *objeto* não pode *ser* e, ao mesmo tempo, *não ser* igual a si mesmo (*princípio da identidade*); por isso, configurada a tentativa de apresentá-lo em tais circunstâncias incide-se em *contradição* (*princípio do contraditório*); consequentemente, o pensamento humano para ser comunicado com *rigor*

necessita de observar esses princípios.

A *metodologia*, enfim, atribui *cientificidade* ao estudo de um determinado *objeto*, consistindo no que se denomina *linguagem científica*.

Aqui pode surgir, então, o que se chama de *linguagem técnica*. É que os critérios suprarreferidos ensejam a convenção espontânea constituinte da *linguagem* específica de cada segmento do conhecimento humano em que consiste a *linguagem técnica*. Vale dizer: quando o conteúdo *semântico* dos *signos* é o mais restrito, indicando, portanto, de modo bem preciso um *objeto*, ele compõe essa *linguagem*.

É, nestes termos, que se há de distinguir o significado de *tratado* e de *convenção*, sintaticamente, ou seja, no sistema constitucional brasileiro, até porque pode acontecer que um mesmo *signo* sirva à composição de mais de uma *linguagem técnica*, ou mesmo, seja *integrativo* delas entre si.

Assim, a *interdisciplinaridade* do estudo dos *objetos culturais* pode promover essa *integração*. A *integração*, decorrente dessa *interdisciplinaridade*, exatamente por ser o *Direito* um *objeto cultural*, forma a *linguagem jurídica*, ou seja, um conjunto de *signos* e de *símbolos convencionado* para exprimir o *deôntico*, revelando um processo complexo que se apoia na força do monopólio oficial da *coerção* e no consenso daqueles que a aceitam. É um processo que se desenvolve desde a emissão da mensagem até a sua recepção respaldada na *confirmação* pelo receptor.

A mensagem emitida, por isso, já guarda a expectativa da *confirmação*, qualquer que seja o seu autor dentre os integrantes do repertório constitutivo do monopólio oficial da *coerção*. A ela se costumou denominar *norma jurídica* cuja estrutura tem preocupado um certo segmento da jusfilosofia que pretende identificar o *deôntico* em certos caracteres da *linguagem* verbalizada designados como *modais* (o *proibido*, o *permitido*, o *obrigado*), compondo proposições referidas ao mundo do "dever ser".

Esse segmento, contudo, faz um discurso do discurso; faz o conceito do conceito, uma vez que abomina os condicionamentos *culturais* que elaboram a conduta humana, ou seja, o *fato*. Ao agir assim, então, renega o elemento verdade e assume um relativismo comprometedor do entendimento do repertório jurídico.

O *dogmatismo*, sentido filosófico com que se identifica esse segmento, está ultrapassado. A *metalinguagem* jurídica não pode ser um discurso do discurso. Seu conteúdo implica uma descrição do repertório constitutivo do

monopólio oficial da *coerção*, porque o *deôntico* não se caracteriza pelos *modais*, abstratamente, analisados nas proposições normativas. Ele é a mensagem emitida pela fonte normativa (o legislador, o órgão jurisdicional) que adquire significação pela recepção respaldada na *confirmação* dada pelo *destinatário da norma*, mediante processo complexo que envolve a interação das *forças reais do poder* com as do *poder formal*; estas sob constante legitimação daquelas.

A *linguagem jurídica* expressa a sua natureza *deôntica* por todos os *signos* e *símbolos* de seu repertório. Ela é expressa, por isso, não só pelo estrutural da norma, enquanto proposição referida ao mundo do "*dever ser*", mas, também, pelos condicionamentos *culturais* da conduta do homem que, outrossim, fazem-na uma proposição referida no mundo do "*ser*".

A relação comportamental, desde a utilização dos *signos* pela fonte normativa, até a conduta do receptor do discurso dessa fonte, *confirmando*-a, constitui a *pragmática* da comunicação normativa, alimentando o conteúdo *semântico* de cada qual desses *signos* componentes da *linguagem* com que o jurista exprime o seu pensamento, empregando-os, pois, nos seus devidos lugares, nas diversas proposições, sejam as chamadas *prescritivas*, sejam as *descritivas*. Nestes termos, é-lhe defeso abominar os condicionamentos *culturais* que elaboram a conduta do homem, devendo investigá-los, ainda que se cure das suas preferências quando, ao mesmo tempo, seja o *sujeito* e o *objeto* do *conhecimento*. Caso contrário, nunca terá soluções justas, mesmo que sejam decorrentes da mais absoluta correção formal.

Nesse contexto, buscando-se a noção *rigorosa* de *tratado*, já se pode tentar identificar o conteúdo *semântico* desse *signo*, na *linguagem jurídica constitucional*, sabendo-se que ele serve a outras *linguagens*. Essa óbvia constatação é feita a propósito do conteúdo *semântico* que, em cada qual dessas linguagens, pode adquirir o *signo* "*tratado*" e a propósito do comportamental (relação *pragmática*) da fonte normativa, ao utilizá-lo.

Enfim, busca-se, com esse *rigor*, escoimar do *sistema constitucional* as ambiguidades entre *tratado* e *convenção*, tal como resulta do exame das *funções semióticas* que auxiliam a interpretação das normas jurídicas.

O § 3º do art. 5º, introduzido pela Emenda n. 45 deixa patente a distinção entre os dois *signos* e, na integração com o § 2º, demonstra que somente os *tratados* são integrativos da Constituição colmatando as suas lacunas,

relativamente, à criação de direitos e garantias.

Os *tratados*, então, são normas jurídicas fontes de direito subjetivo, excluindo a incidência das normas internas de qualquer dos entes da Federação quando o fato nele descrito for internacional, assim entendido aquele episódio submetido ao regime jurídico deste ato internacional. Aristides Milton[39] já havia observado a circunstância, embora sob discutível opinião, no que toca à superioridade do *tratado* sobre normas internas, quando a hipótese é de exclusão de incidência da norma interna onde a internacional tiver aplicabilidade e não de superioridade. Mas vale a pena acentuar as premissas da sua opinião no sentido de que nenhuma casa legislativa de ente federado "exerce sobre a Constituição federal a menor autoridade. A Constituição foi que a todas elas criou, além de que um *tratado* se considera como lei do Congresso. Por consequência, as leis estaduais, não excetuando uma só, a Constituição respectiva *inclusive*, se forem opostas a algum tratado, terão que ceder forçosamente a este".

Decretar o estado de defesa e o estado de sítio. Decretar e executar a intervenção federal – São três providências a serem adotadas mediante ato complexo do presidente da República, como chefe de Estado, exercendo *funções de governo*, na defesa do Estado e das instituições democráticas, integrando, por isso, o Congresso Nacional.

O *estado de sítio político* é uma das duas medidas de proteção a um *sítio*. A outra é o *estado de sítio real*. *Sitio*, aqui, significa ou o cerco que se faz, no plano militar, às praças de guerra para forçar a rendição de seus ocupantes (*estado de sítio real*) ou uma medida legal, constitucionalmente, legitimada necessária, momentaneamente, para restabelecer a normalidade social abalada por uma situação de comoção intestina, portanto, com caráter de gravidade que dá origem à suspensão temporária dos direitos e garantias individuais que guardem pertinência com a situação.

É neste segundo sentido (*estado de sítio político*) que a Constituição disciplina a matéria. Carlos Maximiliano[40] diz que essa providência constitucional foi importada da França e da Argentina. Efetivamente, *l'état de siège* é uma medida legal, adotada na França pela lei de 08 de outubro de 1849, com o objetivo de proteger todo ou parte do território nacional contra os perigos de um ataque a mão armada.

A Constituição de 1891, primeira a cuidar da matéria, entre nós, era casuísta porque listava como hipóteses as de agressão estrangeira e de grave

comoção intestina, limitando a providência da repressão contra pessoas à detenção e ao desterro.

A Constituição de 1934 foi minudente, com o seguinte rol: as hipóteses eram a iminência de agressão estrangeira e a emergência de insurreição armada; bem assim, as medidas de exceção contra as pessoas foram: a) desterro ou confinamento, excluídos os lugares desertos ou insalubres e aqueles distantes mais de mil quilômetros daquele em que se achava a pessoa ao ser atingida pela sanção; b) detenção em edifício ou local não destinado a réus de crimes comuns, em decorrência da necessidade de defesa nacional ou de autoria, cumplicidade de insurreição ou participação nela; c) censura de correspondência de qualquer natureza e das publicações em geral; d) suspensão da liberdade de reunião e de tribuna; busca e apreensão em domicílio.

O procedimento para a adoção da medida estava todo disciplinado no texto constitucional: a) autorização do Poder Legislativo ao presidente da República para declarar em *estado de sítio* qualquer parte do território nacional ou aprovação ou suspensão se tivesse sido decretado no intervalo das suas sessões; b) prazo igual ou inferior a 90 (noventa) dias; c) apresentação das pessoas em constrição, dentro de 5 (cinco) dias, pelas autoridades que decretaram a medida, ao juiz competente para esse fim, com declaração sumária das razões, cabendo ao magistrado ouvi-las e tomar por termo suas declarações; d) circulação livre de livros, jornais ou de quaisquer publicações desde que os seus autores, diretores ou editores os submetessem à censura; e) exclusão de censura da publicação de atos da Administração, salvo aqueles que dissessem respeito às medidas de caráter militar; f) direito de ação dos pacientes, quando se tornasse ilegal a coação das pessoas, pela inobservância de qualquer das prescrições constitucionais, responsabilizado o presidente da República e demais autoridades, civil ou criminalmente, pelos abusos que viessem as cometer.

O texto de 1937, o de uma Constituição peculiar, disciplinou a defesa do Estado com regras que regeram o *estado de emergência* declarado pelo presidente da República, em caso de ameaça externa ou de iminência de perturbações internas ou existências de concerto, plano ou conspiração, tendente a perturbar a paz pública ou pôr em perigo a estrutura das instituições, a segurança do Estado ou dos cidadãos. O *estado de emergência* seria declarado como *estado de guerra* quando fosse necessário o emprego das forças armadas. A competência era exclusiva do presidente

da República, defeso ao Parlamento Nacional suspender o ato, para o qual, também, era dispensada a sua autorização, bastando a comunicação à Câmara dos Deputados das medidas adotadas no período de sua vigência, quando cessados os motivos que determinaram a declaração.

A Constituição de 1946 outorgou competência privativa ao presidente da República para decretar o *estado de sítio*, sendo que, nos intervalos das sessões legislativas, caberia a ele, exclusivamente, a decretação ou a prorrogação, devendo o presidente do Senado Federal convocar, imediatamente, o Congresso Nacional, a fim de aprovar ou não o ato. Mas deferiu, também, ao Congresso Nacional atribuições para decretá-lo nos casos de guerra externa e de comoção intestina grave ou de fatos que evidenciassem estar a mesma a irromper.

A característica dessa Constituição, editada após longo período de ditadura, fez com que o *estado de sítio* tivesse minucioso regime jurídico, no seu texto, similar ao de 1934, porém, mais detalhado na proteção aos coagidos.

A Constituição de 1967, com a redação da Emenda n.1/1969 dedicou, no Título da Declaração dos Direitos, um capítulo destacado para regular o *estado de sítio* e o *estado de emergência* consolidando regras de textos anteriores.

A Constituição de 1988 exclui do rol das restrições o desterro e o confinamento, mas adota as demais hipóteses de 1934 acrescidas da intervenção nas empresas de serviços públicos e da requisição de bens.

O procedimento é de iniciativa do presidente da República com o pedido de autorização ao Congresso Nacional, após a audiência dos Conselhos da República e da Defesa Nacional. Se o período for de recesso parlamentar, o presidente do Senado Federal fará a convocação extraordinária para a reunião, dentro de 5 (cinco) dias, a fim de apreciar o ato, permanecendo o Congresso em funcionamento até o término das medidas coercitivas, cujo tempo será de 30 (trinta) dias, com prorrogação permitida até o mesmo prazo, se a causa for a comoção grave ou fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o *estado de defesa* ou, então, será o tempo em que perdurar a guerra ou a agressão armada estrangeira.

O *estado de defesa* é outra medida legal destinada a proteger o território brasileiro de ocorrências que ponham em perigo a vida social. A Constituição autoriza o presidente da República, ouvidos os Conselhos da

República e da Defesa Nacional, a decretá-lo para preservar ou restabelecer prontamente, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções da Natureza.

O ato, ao ser submetido ao Congresso Nacional, será apreciado no prazo dos dez dias seguintes, devendo continuar funcionando enquanto vigorar o *estado de defesa* que, porém, cessará, imediatamente, se for rejeitado. As medidas coercitivas e o procedimento são similares ao *estado de sítio*, ainda que mais brandos.

Decretar e executar a intervenção federal – A Constituição consagra o *federalismo político* cuja natureza jurídica pode ser apreciada pelas seguintes vertentes: 1º) – o Estado federal é uma *técnica* de repartição de *competências*; 2º) – tem-se defendido que o Estado Federal, no plano jurídico, é uma *técnica* de exercício da *autonomia política*; 3º) – o *federalismo político* é uma *técnica* de participação de entidades políticas descentralizadas, nas decisões nacionais.

O estudo desse tema enseja, aqui, a análise da natureza jurídica do Estado federal tem como objetivo caracterizar, no plano jurídico, essa técnica de exercício do poder (*federalismo político*), especialmente porque a *Federação* é um *princípio constitucional*, assim definido pela *pragmática* da comunicação normativa constitucional, implicando a análise da natureza jurídica das competências coexistentes que são uma decorrência da *descentralização* territorial do poder. É nesse sentido que se pode falar de Constituição Federal, fundamentalmente, como um ato normativo de discriminação de competências das entidades intraestatais do que resulta uma fonte imediata de situações jurídicas subjetivas.

A *Federação*, portanto, sendo um *princípio* impõe-se a sua posição hierárquica de pressuposto, cada vez que se tenha de interpretar as normas que disciplinam as relações de poder que, no caso, sempre, há de ser considerado como descentralizado territorialmente.

O método da interdisciplinaridade, já falado linhas atrás, que absorve conhecimentos da Semiótica e da Lógica, é o recomendável quando se estudam temas como o dos “princípios”. De logo, verifica-se que não há univocidade, quanto a esse *signo*. Portanto, para encontrar, sob a forma mais veraz, o conteúdo semântico do *signo* “princípio”, a ciência do direito *stricto sensu*, necessária é a *epistemologia*, mediante conhecimentos

colhidos na área da *Semiótica* e da *Lógica* formando-se o *método lógico linguístico*.

Lembre-se, aqui, novamente, que na *Semiótica* há de descobrirem-se as relações oriundas da utilização desse signo no discurso jurídico. Na Lógica, há de buscar-se arrimo para disciplinar o pensamento cada vez que o *signo* for utilizado, nessas relações, às quais essa teoria da linguagem denominada *semântica* (relação do *signo* com o objeto que ele refere), *sintática* (relação do *signo* com outro no discurso), *pragmática* (relação do *signo* com o sujeito enquanto este o utilize em um certo conteúdo discursivo).

Ora, se não há univocidade, no campo jurídico, sobre o conteúdo *semântico* de "princípio", porque ele pode referir-se a mais de um objeto, então, ele sempre há de ser estudado sob a ótica das reações *sintática* e *pragmática*, cuidando-se de observar os princípios lógicos da *identidade* (um ser é igual a si mesmo) e da *não contradição* (um ser, ao mesmo tempo, não é igual a si e igual a outro ser).

Consequentemente, há de construir-se o conteúdo *semântico* do *signo* "princípio" para o efeito, aqui, pretendido: é um *critério* elaborado pela *pragmática* (comportamental) da comunicação jurídica e utilizado como base para o discurso *deôntico*. Por isso, o "princípio" tanto pode apresentar-se como norma jurídica em um determinado sistema, como pode constituir pautas de valores adotadas pelo sistema para inspirar normas jurídicas. São exemplos de pautas, a que nega proteção jurisdicional a quem invoca sua própria torpeza; a que proscreve a interpretação analógica das leis penais; as que estabelecem a presunção de legitimidade dos atos do poder público etc.

É nessa perspectiva que se pode falar de "princípio" constitucional porque, apresentado, ou não, como norma de direito positivo, dentro da Constituição escrita, ele representa, sempre, um critério fruto da *pragmática* da comunicação jurídica, no sentido de que não são possíveis, no Estado Democrático de Direito, as relações entre a sociedade civil e a sociedade política, sem que haja os mecanismos de representação política e de exercício difuso dos poderes daí decorrentes.

Nestes termos, há de perquirir-se o conteúdo *semântico*, na linguagem técnico-jurídica[41], do seguinte conjunto de *signos*: *princípio constitucional federativo*, para que se obtenha a resposta correta à indagação de em que consiste o tema deste estudo, considerando-se, como se viu *supra*, que

qualquer afirmativa é um signo ou é um conjunto de *signos*.

Veja-se, a seguir, cada qual das três vertentes:

Técnica de repartição de competências – O Direito Constitucional positivo contemporâneo tem agasalhado, no seu conteúdo, normas de preservação de valores humanos resultantes de conquistas históricas apreciáveis; um desses valores é o exercício do poder formal sob um procedimento típico a que se denomina *Estado Democrático de Direito* e que é uma adaptação do *princípio da separação dos poderes* às concepções atuais da *cidadania*, incluindo a difusão desses poderes no plano territorial (*Federação*).

A *separação dos poderes* tem a sua melhor expressão na conhecida formulação de Montesquieu[42] sobre a existência de três espécies de poderes em cada Estado: o Legislativo, o Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes e o Executivo das coisas que dependem do Direito Civil; esses poderes jamais seriam exercidos pela mesma pessoa, ou seja, não se reuniriam no mesmo corpo de Magistratura, porque somente assim se teria a liberdade. Não haverá liberdade – afirma – se eles não estiverem *separados*. Todavia, a base dessa formulação está em John Locke[43], segundo o qual o poder legislativo é o que tem o direito de estabelecer como se deverá utilizar a força da comunidade no sentido da preservação dela própria e dos seus membros. Contudo, como se teria de pôr em prática as leis, que deveriam continuar sempre em vigor, considerando que teriam força constante e duradoura, mas que se poderiam elaborar em curto prazo, não haveria necessidade de manter-se tal poder permanentemente em exercício, pois que nem sempre teria no que se ocupar, até porque, em comunidades bem ordenadas, nas quais o bem de todos se leva em conta como é devido, o poder legislativo vem às mãos de diversas pessoas que, depois de, conjuntamente, fazerem as leis, de novo, separam-se e ficam sujeitas às leis que fizeram, o que representa obrigação para que as façam tendo em vista o bem geral.

Essa rotatividade característica do Legislativo, diz Locke, torna necessária a existência de um poder permanente que acompanhe a execução das leis que se elaboram e ficam em vigor. E desse modo os poderes legislativo e executivo ficam frequentemente *separados*, por serem distintos em si, porém estão sempre reunidos, vez que compreende um a execução das leis municipais da sociedade dentro dos seus limites com relação a todos que a

ela pertencem, o outro a gestão da segurança e do interesse do público fora dela, juntamente com todos quantos poderão receber benefício ou sofrer dano por ela causado.

Locke e Montesquieu, ainda que sustentem suas teses em fundamentos diversos, destacam a importância dos dois poderes – o Legislativo e o Executivo – a ponto de o magistrado francês chamar, de Executivo das coisas que dependem do Direito Civil, o poder de julgar as demandas dos particulares e de punir os crimes; ao fazê-lo, dessa forma, esses dois pensadores terminam gizando a *hipertrofia* do Executivo, considerando que a sua função é *administrar* com habilidade os desígnios e os interesses dos cidadãos para proveito do bem geral.

Essa *função administrativa* traduz-se, no plano jurídico, modernamente, pela outorga constitucional dessa volumosa *competência* ao Poder Executivo, a ser desempenhada pelos vários órgãos componentes da sua complexa estrutura, em razão das exigências históricas; essa competência é exercida com acentuada especialização impossível de ser atribuída aos demais poderes, os quais, respectivamente, têm incumbência de ditar normas legais ou de decidir controvérsias com força de verdade legal.

Tal volume de atribuições administrativas autoriza que lhe seja reconhecida quantidade superior de recursos financeiros, não só em todas as partes do mundo, como, também, entre nós, em todos os tempos.

A Constituição Federal arrola, nessa longa lista que se vem explicando neste texto, as atribuições privativas do chefe do Poder Executivo brasileiro, as quais, pelo "*standard*" federativo, são as compatíveis nas quatro esferas em que se comparte o poder federativo.

O desempenho da *função administrativa* implica uma infinidade de encargos representativos da esmagadora maioria das tarefas voltadas para o atendimento das necessidades coletivas, passando o Poder Executivo a ser o melhor juiz no julgamento desse interesse coletivo e das oportunidades e métodos para atendê-lo, até porque não lhe incumbe, como ao Legislativo, acolher *parcelas* de opiniões, mas acolher a *todas* as correntes como se fora uma única[44].

Essa infinidade de encargos cumpre a inúmeros órgãos, especializados em cada segmento das necessidades públicas: administração; arrecadação de tributos e contabilidade; turismo; cultura; esportes; lazer; educação; saúde; higiene; meio ambiente; viação; dentre outros; todos exigindo recursos

financeiros bastantes... Locke, pois, tem razão.

Assim como têm razão os doutrinadores que têm adaptado a teoria da *separação dos poderes* às concepções contemporâneas de *cidadania*.

Com efeito, essa adaptação tem ocorrido pela via da conformação da noção de poder ao conceito de *Estado Democrático de Direito*.

Essa noção informa que a *separação de poderes* não tem como escopo, apenas, assegurar uma liberdade formal, enquanto não se concentram os poderes num só corpo de Magistratura. Essa *separação*, sendo, hoje, integrante desse *Estado Democrático de Direito*, é um instrumento onde se sintetiza a *constante histórica*, ao mesmo tempo, a conquista histórica do *pluralismo ideológico* de conteúdo político, religioso etc., em que consistem as divergências existentes em todos os tempos. Essa síntese é como um estuário da luta contra a arbitrariedade e o despotismo do poder político, em nome da defesa dos direitos humanos e das liberdades fundamentais que inclui o controle do poder econômico e financeiro, pelo povo; inclui a luta pela legalidade, impessoalidade, moralidade no exercício da *função administrativa* e da publicidade dos seus atos e nisto consiste a atuação segundo a lei e o suficiente controle judicial; a luta pela legitimidade do poder formal, a partir do poder real do povo, mediante não somente a escolha dos governantes, mas, também, pela participação na gestão da coisa pública com a utilização do plebiscito, da iniciativa popular das leis e do referendo.

É essa adaptação que dá a esse *Estado Democrático*, ora as características de um Estado Liberal, ora a de um Estado Social e impõe aos poderes constituídos um desempenho técnico para atendimento das necessidades coletivas que operaram mudanças na consciência social sob dois modos de os indivíduos entenderem os acontecimentos sociais: *primeiro* – o não conformismo com os flagelos, com os males sociais (a fome, por exemplo); *segundo* – não admitir mais *fatalidades econômicas* e, em consequência, reagindo à vida em desigualdade econômica a qual não se considera mais uma “fatalidade”, mas sim um mal social curável[45].

Conclui-se, pois, com a lembrança de que, nesse quadro da *separação de poderes* em um *Estado Democrático de Direito*, forçoso é reconhecer o destaque à administração financeira como lhe assegura, entre nós, a Constituição da República Federativa, não só descentralizando essa administração, mas, também, submetendo-a ao controle das comunidades

regional e local diretamente interessadas, mediante a eleição de representantes que tenham a iniciativa das leis que disponham sobre o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais; ou mediante a fiscalização da execução orçamentária e financeira. Essa forma imbrica *Federação* (*descentralização* territorial do poder formal, distribuindo atribuições) com *legitimidade* do exercício do poder formal através da participação popular que o controla (fiscalização do desempenho dessas atribuições).

Competência – já se definiu antes – é a medida das atribuições que a ordem jurídica assina a uma entidade política ou a um órgão administrativo. A Constituição Federal assina essa medida aos agentes políticos compartindo-as, em termos de gestão, com o povo. Logo, o *federalismo político* brasileiro é uma *técnica de repartição de competências* entre entidades políticas intraestatais, com o objetivo de realizar a *democracia participativa*, tal como será desdobrado nas linhas seguintes.

Técnica de exercício da autonomia política – Nos termos supraexpostos, o *federalismo* é, também, uma *técnica de exercício da autonomia política* como desdobramento da *soberania*. Este desdobramento faz-se mediante: a auto-organização, o autogoverno e a autoadministração. Se se identifica uma estrutura de mando com esses três aspectos, então, estar-se-á diante de uma entidade intraestatal, isto é, de uma entidade componente dessa técnica de repartição de competência. E esta *autonomia*, o que reflete na realidade, é que as comunidades que povoam determinado território no qual o poder formal está assim distribuído, viabiliza, esta *técnica*, a *democracia*. Mas, desavisadamente, poder-se-ia afirmar que, aí, não haveria nada de jurídico... Engano. Há, sim, porque a *democracia* também é um *princípio* e um *princípio* estabelecido na Constituição. Logo, quem quer que tenha de interpretar qualquer dos artigos da Constituição, terá de fazê-lo com respeito aos seus arts. 1º e 3º. E terá, portanto, de entender que é impossível a interpretação que não conduza ao *bem-estar* da coletividade... E invoco, como arrimo, Tércio Sampaio Ferraz Jr.[46].

E esta *técnica* viabiliza a *democracia*, na medida em que aproxima, o poder formal, do controle do povo, ao tempo em que, concomitantemente, protege, este mesmo povo, das infrações contra as *liberdades públicas* e das infrações contra os *direitos individuais*.

A auto-organização consiste na prerrogativa de a entidade intraestatal

poder elaborar a lei maior do seu sistema jurídico (lei orgânica em cada Município, constituição em cada Estado, constituição da União, esta, em regra, integrada à da Federação – Constituição Federal), estabelecendo, respectivamente, a estrutura e o funcionamento de cada qual, em consonância com o *princípio federativo* agasalhado na Constituição. É assim que a Constituição mexicana de 1857 registrou uma república representativa, democrática, *federal* composta de estados livres e *soberanos em tudo que fosse concernente ao seu regime interior,* ainda que *unidos* em uma *federação* estabelecida segundo os *princípios* daquela suprarreferida lei fundamental.

A autoadministração é a possibilidade de a entidade intraestatal ordenar os órgãos de gestão das atribuições que lhe foram outorgadas, bem assim a atividade das pessoas que as executarão.

O autogoverno corresponde à organização de uma sociedade política constituída por agentes escolhidos, diretamente, pelo povo que habita o território da respectiva entidade, mediante o sufrágio universal e o voto direto e secreto com valor igual para todos.

Técnica de participação de entidades políticas descentralizadas nas decisões nacionais – Uma terceira vertente é a que entende que o Estado Federal é uma *técnica* de participação das comunidades regionais e, em termos de Brasil, também, das *locais*, nas decisões nacionais.

Aqui, efetivamente, enquadra-se a concepção tradicional sobre o *federalismo político.* Alexis de Tocqueville[47], traçando o elo entre *federalismo* e autogestão, comenta que as instituições municipais constituem o forte das nações livres, porque a nação pode estabelecer um governo livre, mas sem *instituições municipais* não pode haver espírito de liberdade.

Nessa linha de pensamento, escrevem todos os destacados publicistas norte-americanos, de que são exemplos Keith S. Rosenn, professor de Direito Constitucional na Universidade de Miami, e A. E. Dick Howard, professor de direito público da Universidade da Virginia. Rosenn, ao arrolar as três características essenciais do *federalismo*, inclui uma que é comumente considerada por todos os estudiosos: é a representação garantida dos governos locais dentro do governo central[48]. Dick Howard, por sua vez, declara que o *federalismo* busca a unidade nacional enquanto mantém diversidade e preferência local[49].

Efetivamente, essa *técnica* de participação é o *controle* que as comunidades *regionais* e *locais* mantêm sobre as decisões nacionais e, assim, asseguram a *unidade nacional* sem quebra da diversidade que representam as suas respectivas peculiaridades e da *preferência* regional ou local. Esse *controle*, exercido por essas comunidades, ocorre sobre a gestão dos seus respectivos interesses e sobre os interesses nacionais, protegendo, desta forma, os *valores pluralistas* de nação que é uma instituição sempre diversificada nos seus componentes.

A Constituição brasileira, por exemplo, estabelece o *pluralismo político* como sendo um princípio fundamental da organização da sociedade política.

Em conclusão, vale ressaltar que as três vertentes expostas compõem o conceito desse *princípio federativo*, instrumento de organização descentralizada do poder político.

Reflexos jurídicos da natureza jurídica do federalismo político – O efeito dessa *técnica*, no plano jurídico, consiste na definição da natureza da descentralização política territorial, cuja finalidade é a de desdobrar a *soberania* objetivando o cumprimento das funções do Estado dualista do *bem-estar social e do desenvolvimento econômico*, assegurando ao indivíduo vida com dignidade humana.

O *federalismo político* tem, sob esse ângulo, novas perspectivas porque se torna o instrumento de realização dessa função dualista mediante a execução de planos estratégicos regionais. Essas perspectivas conduzem a um *federalismo cooperativo* e *redistributivista* no segmento econômico-financeiro e requer nova disciplina jurídica da desconcentração territorial do poder, objetivando a execução de funções públicas promotoras do *bem-estar social* e do *desenvolvimento econômico*, ao tempo em que se mostra como um *federalismo centrípeto* desde quando é necessário atribuir à União a superintendência de todo o território, rejeitada, porém, qualquer tendência para a hipertrofia que é forma patológica da concentração, porque o *federalismo centrípeto*, sem as usurpações causadas por essa patologia, é essencial à efetivação da descentralização de poder, na medida em que, assim, preserva-se a uniformização das regras jurídicas que disciplinam a coexistência das competências das entidades intraestatais.

É a justificativa para a *intervenção* constitucionalmente prevista.

Tudo isto porque a desconcentração territorial, presentemente, faz

conviverem as tradicionais entidades políticas, ou sejam, as entidades intraestatais, com os conglomerados referenciados pelas suas compatibilidades econômicas, os quais são integrados por esses entes, politicamente, autônomos. São exemplos desses conglomerados, no Brasil: a) regiões geoeconômicas e sociais e b) regiões metropolitanas... E, no plano internacional, as comunidades de nações.

O fenômeno de *globalização*, por sua vez, reclama, na dimensão internacional, a integração dessas regiões, formadas no âmbito de um Estado Nacional, em face da fragilidade desses Estados Nacionais, exigindo adaptação das competências das entidades intraestatais à integração de normas do direito internacional em razão da eficácia de suas regras aplicáveis a situações ocorridas no interior de cada qual desses Estados Nacionais.

Os reflexos jurídicos dessa nova perspectiva encontram-se, também, na necessidade de ampliação do objeto da chamada *Constituição Econômica*. Com efeito, o direito constitucional evoluiu em três fases: a *primeira* é aquela em que as normas do direito constitucional positivo tinham a natureza dos direitos políticos e civis; a *segunda* é a que se inaugura com o final da primeira guerra mundial, quando se acrescentaram as normas veiculadoras dos direitos de conteúdo econômico e social; a *terceira*, após a derrocada das célebres ditaduras do mundo (nazismo, fascismo, salazarismo, franquismo, peronismo, getulismo), é caracterizada por normas de outorga de prerrogativas da cidadania.

A *Constituição Jurídica*, nestas circunstâncias, passa a abranger matéria financeira – nela incluída a tributária – trabalhista, da seguridade social e econômica propriamente dita que, dentre outras, fazem o objeto dessa *Constituição Econômica* ou seja: *o conjunto de normas-regras e normas-princípios que, na Constituição Jurídica, disciplina a ordem econômica*. Na *Federação* essa situação exige a identificação da competência de cada qual das entidades intraestatais designadas para exercer as respectivas atribuições dessa nova fase da atividade estatal.

Os reflexos jurídicos dessa nova perspectiva requerem, também, no Brasil, nova disciplina jurídica dessa desconcentração política em termos territoriais, na medida em que suas regiões, constitutivas de um mesmo complexo geoeconômico e social, poderão suportar a ação da União que objetive o desenvolvimento ou a redução das desigualdades econômico-sociais delas em relação a outras regiões. Os Estados, também, poderão

instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes visando integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum. A nova disciplina reclamada há de integrar, outrossim, os elementos, de cada qual das entidades autônomas, quanto à auto-organização, autoadministração e autogoverno.

O Estado da Bahia, por exemplo, antes mesmo desse regime constitucional de 1988, criou o Conder (Conselho de Desenvolvimento Regional) que superintende as ações estaduais na região metropolitana de Salvador, Capital do Estado, integrada por municípios que se situam na Grande Salvador. Os poderes municipais são conformados a essa nova disciplina jurídica, porque ela caracteriza o *federalismo redistributivo* e *cooperativo*, considerando que os objetivos fundamentais da Federação brasileira, sob essa ótica, são: promover o desenvolvimento econômico nacional cuidando da redução das desigualdades sociais e regionais e promover o bem-estar social mediante a erradicação da pobreza e da marginalização para a construção de uma sociedade justa e solidária.

A autonomia dessas entidades políticas, diante dessa nova perspectiva, não é absoluta, nem é abstrata, no sentido de que se possa desvincular do contexto constitucional agasalhador de *direitos subjetivos públicos* de conteúdo econômico-social e dos respectivos *interesses legítimos*. Logo, nessa nova perspectiva a autonomia terá de ser caracterizada nos termos desse contexto constitucional. As funções públicas de interesse comum condicionam, pois, o exercício dessa autonomia, a ponto de este tornar-se um *interesse legítimo*.

A União, o Estado-membro, o Distrito Federal e o Município brasileiros atuam, pois, no campo do *interesse legítimo*, para assegurar o *direito subjetivo público* do *administrado*.

A matéria conduz ao âmbito das *situações jurídicas subjetivas* que consistem nos *direitos subjetivos*, nos *interesses legítimos*, nos *poderes* e nos *deveres* que a ordem jurídica disciplina relativamente às ações humanas em uma sociedade.

Os italianos aprofundaram o tema, a partir da interpretação do art. 113 de sua Constituição. E, nesse aprofundamento, classificam as *situações jurídicas subjetivas* em duas espécies: a) *favoráveis* e *desfavoráveis* e b) *ativas* e *inativas*. As primeiras conforme favoreçam ou não o sujeito e as

segundas conforme se concretizem num fazer ou numa necessária abstenção do fazer ou no dever de esperar que outro faça.

Incluem-se entre as *favoráveis* os *interesses legítimos* que consistem, na lição de Santi Romano, em prerrogativas diretamente protegidas por uma norma que os contempla de modo especial, sem contudo fazer depender, pelo menos prevalentemente, a sua tutela da vontade de seus sujeitos: são *interesses* que, mesmo sendo particulares, ligam-se aos gerais e são tutelados por reflexo pela própria tutela destes últimos. Conclui o ilustre juspublicista que, com expressão equívoca, esses *interesses* têm sido designados como "direitos reflexos", em contraposição aos direitos subjetivos.

Ora, o *federalismo político*, nessa nova perspectiva, em vez de ser uma mera descentralização territorial do poder, para o simples efeito de discriminação de competências, é, sobretudo, um instituto jurídico, porque opera os efeitos de um *princípio-garantia*, isto é, uma garantia fundamental do indivíduo pela qual se asseguram os *direitos subjetivos públicos* que constituem objetivos fundamentais do governo republicano, no Brasil. E esse, portanto, também, o novo *federalismo brasileiro* (cf. arts. 1º e 3º da Constituição). Assim, as entidades políticas intraestatais integram essa *situação jurídica subjetiva* como titulares de *interesses legítimos*.

Os reflexos jurídicos, aqui analisados, demonstram que esse federalismo *cooperativo* e *redistributivo* tem caracteres *centrípetos* sob o ângulo legislativo, embora pareça contraditório que, para realizar-se a descentralização política, tenha-se de concentrar atividades dessa natureza. A razão está na circunstância de que a descentralização não abarca todas as matérias. Kelsen, como dito linhas atrás, examina, exaustivamente, o tema, nessa linha, lembrando que não há qualquer obstáculo para que se conceda um procedimento por instâncias, a partir da comunidade local menor até a mais ampla, ou uma faculdade de revogação ou de reforma da instância superior sobre a inferior[50].

A Constituição brasileira não hierarquiza, propriamente, os *corpos autônomos*, sob o aspecto abordado por Kelsen, mas essa sua observação de que não há obstáculo para que se atribuam procedimentos diversos, a esses *corpos*, é próprio da *Federação*, pois "a autonomia é, somente, uma forma especial de administração do Estado" e nada impede que a *competência* legislativa seja repartida de modo que se defira a um *corpo autônomo*

central a emissão da lei que determine a uniformização do conteúdo da lei emitida pelos demais *corpos autônomos* descentralizados. É essa, por exemplo, a função da *lei complementar*, entre nós, a ponto de caber a análise específica do *princípio constitucional tributário da eficácia da lei complementar* como integrante do *Estatuto do Contribuinte*.

Esse novo *federalismo* cumpre, no Brasil, sob a ótica jurídica, o tipo de "*descentralização incompleta*", já mencionado antes, pois, atribui-se à União a emissão da *lei complementar de normas gerais* e a *intervenção federal*, regulando diversas matérias constitucionais, tendo eficácia determinante sobre o conteúdo da lei que ela e os demais *corpos autônomos* descentralizados emitem.

A preservação do *federalismo político* brasileiro assegura-se, assim, também, pela *intervenção*, embora *numerus clausus*: 1º) – da União nos Estados, nos Municípios e no Distrito Federal e 2º) – a dos Estados nos Municípios.

Assim, a União, por exceção à autonomia de cada qual deles, poderá intervir neles para: I) – manter a integridade nacional; II) – repelir invasão estrangeira ou a de uma entidade federada em outra; III) – pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; IV) – garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação, neste caso, dependendo de solicitação do Poder Legislativo ou do Executivo coacto ou impedido, ou de requisição do Supremo Tribunal Federal, se a coação for exercida contra o Poder Judiciário; V) – reorganizar as finanças da unidade federada que: a) – suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior; b) – deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas na Constituição, dentro dos prazos legais; VI) – prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; VII) – dependendo de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, assegurar a observância de *princípios constitucionais* pertinentes a: forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública direta e indireta; aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferência, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

O procedimento, além do supradescrito, consiste na iniciativa do presidente da República, com o pronunciamento dos Conselhos da

República e de Defesa Nacional, que submeterá seu ato à aprovação do Poder Legislativo, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, havendo convocação extraordinária, no mesmo prazo, se o período for de recesso parlamentar.

A participação parlamentar é dispensada se o fato for: prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; assegurar observância dos *princípios constitucionais* antes referidos, porque, nestes casos, o decreto de intervenção limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se esta medida bastar para o restabelecimento da normalidade.

Conceder indulto e comutar penas – A Constituição imperial atribuiu ao Poder Moderador exercido pelo Imperador a prerrogativa de perdoar ou moderar as penas impostas aos réus condenados por sentença. Até hoje, nas solenidades religiosas cristãs-católicas em louvor ao Divino Espírito Santo, admite-se, por simbolismo, que uma criança do sexo masculino, trajado à semelhança imperial, libere um preso que comparece durante a celebração da missa, para esse fim. A primeira Constituição republicana altera a redação do dispositivo para indultar e comutar, mas limita a competência do presidente da República às penas nos crimes sujeitos à jurisdição federal, excetuadas aquelas impostas aos funcionários federais por crime de responsabilidade, cuja atribuição era privativa do Congresso Nacional e, no caso dos Ministros de Estado, aquelas cominadas por crimes comuns e de responsabilidade e nos conexos com os do presidente da República.

A redação atual não comporta restrições, senão a de que o presidente tem a faculdade de ouvir os órgãos instituídos em lei, se for necessário. O indulto somente pode ser concedido se tiver transitado em julgado a decisão, porém, não abrange possíveis sanções civis e administrativas, por hipótese uma indenização decorrente da *responsabilidade civil* que é sanção, exclusivamente, de natureza pecuniária. É faculdade do presidente, também, escolher entre indultar e comutar a pena, isto é, substituí-la por outra de menor gradação.

Esta é uma *função de governo* e, por isso, uma competência privativa do chefe do Poder Executivo da União, porque a competência legislativa de direito penal, hoje, no Brasil é somente da União.

Exercer o comando supremo das Forças Armadas; declarar guerra; celebrar a paz; permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional – São *funções de governo* deferidas somente ao chefe de Estado, chefe do Poder Executivo da União que estão deferidas a essa autoridade

desde a Constituição de 1824, pois ao Imperador cabia, como chefe do Poder Executivo, nomear os comandantes da força de terra e mar, removê-los quando assim o pedisse o serviço da Nação. No bojo dessa prerrogativa estão, naturalmente, *declarar guerra* e *celebrar a paz*, por ser competência da União, um *ato complexo* que envolve a autorização do Congresso Nacional ou o seu referendo, se o fato ocorrer no intervalo das sessões legislativas, como, também, cabe-lhe permitir, nos casos previsto em lei complementar, que *forças estrangeiras* transitem pelo território nacional ou nele permaneçam, temporariamente.

Ora, se depende do Congresso *autorizar* ou *permitir*, entende-se que a *declaração* presidencial de guerra ou a *negociação* e *celebração* do tratado da paz são posteriores a essa ação legislativa, salvo no caso de recesso parlamentar, hipótese de *referendo*. A Constituição defere ao Conselho de Defesa Nacional, órgão de consulta do presidente da República, a competência para opinar nas hipóteses de declaração de guerra e de celebração da paz, certamente, antes da ação legislativa.

Convocar e presidir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional – Esses conselhos auxiliam o presidente da República, como seus órgãos de consulta. Um deles, o de Defesa Nacional, assemelha-se ao Conselho Superior de Segurança Nacional criado pela Constituição de 1934 e, o outro, o Conselho da República, parece-se com o Conselho de Estado, composto de membros vitalícios, em número não superior a dez, cuja função era a de ser ouvido em todos os negócios graves e medidas gerais da pública administração, principalmente sobre declaração de guerra, ajustes de paz, negociações com as nações estrangeiras, assim como em todas as ocasiões em que o Imperador se propusesse a exercer qualquer das atribuições próprias do Poder Moderador. Contudo, genuinamente, pode-se afirmar que os seus modelos não têm precedentes constitucionais.

A composição desses órgãos é, originariamente, estipulada na Constituição, salvo seis dos membros do Conselho da República que são de nomeação do presidente da República por escolha do próprio, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, respectivamente, dois de indicação de cada qual deles.

Editar medidas provisórias com força de lei – O Brasil, nas normas infraconstitucionais conhece a *Lei Complementar*, a Lei Ordinária, a Lei Delegada e, exercendo a função de Lei, com eficácia dessa natureza, por algum período de tempo, a *Medida Provisória*.

Em razão da diferença entre *Lei* e *Medida Provisória* é que se torna exigível distingui-las, conceitualmente.

Somente é uma *lei* — e neste conceito pode-se colocar a *Constituição* — um ato normativo *genérico*, *abstrato*, *compulsório*, *permanente* e *plural*. Qualquer ato normativo que não tiver essas cinco características não é *lei*. É assim que, pelo *método lógico-linguístico*, pode-se distinguir o *signo* "*lei*" de outros *signos*, por hipótese, "*Medida Provisória*", na qual não existem as cinco características de uma lei, tal como se demonstrará a seguir.

Logo, se a "*lei*" é "*A*", a "*Medida Provisória*" é "*ñ-A*" e não pode haver em Lógica "*A*" = "*ñ-A*". O *método lógico-linguístico* serve-nos, já de agora, para entendermos que é assim que se distinguem, sem a *teoria do acho*, as *instituições*, os *conceitos*, as *categorias*, os *institutos jurídicos*. Quatro formulações completamente diferentes.

Se não desprezarmos a *teoria do acho*, sempre, suporemos, equivocadamente, que a *Medida Provisória* é um *ser* igual à *lei*, ou seja, ela, também, é "*A*". Mas, quando apreciada, em essência, verifica-se que ela, efetivamente, não é *lei* e, assim, ela é o "*ñ-A*", porque não possui todas as características de "*A*", a "*lei*". Logo, não é igual a *Medida Provisória* à *Lei*. Essa distinção é, também, importante para a questão da validez da norma no *sistema*, como se verá adiante, sobretudo, no que toca à *matéria tributária*, uma vez que essa *Medida* não lhe pode servir de instrumento. O presidente da República não pode emitir esse documento normativo com conteúdo tributário.

A *lei*, na feliz síntese de Brethe de la Gressaye e Laborde-Lacoste[51], é um ato normativo *genérico*, *abstrato*, *permanente*, a que Orlando Gomes acrescenta a característica de *compulsoriedade* e a que nós adicionamos, aqui, a de *pluralismo*.

É ato *genérico* porque não descreve uma situação singular, mas, sim, um gênero caracterizador de todos os casos da mesma espécie enquadráveis nas suas previsões; daí decorrem as suas características de ato abstrato e permanente. *Abstrato* porque regra uma situação jurídica desgarrada das circunstâncias concretas nas quais ele se apresentará na prática e é *permanente* porque se destina a gerar efeitos até que outro ato da mesma natureza venha a substituí-lo, pois, enquanto tal não ocorrer, a sua aplicação persiste, pois não se exaure a sua eficácia ao aplicar-se a cada caso que se identifique com o *tipo* legal. É *compulsório* porque emitido por fonte

dotada de soberania, a qual, por isso, tem de ser *plural*, tal como o estabelece a Constituição brasileira (cf. art.1º, V e seu parágrafo único, combinado com os §§ 1º e 2º, II, do seu art. 58).

À *Medida Provisória* faltam as características de ato *permanente* e *plural*.

Aqui, retornamos ao *problema* da matéria tributária, através de *Medida Provisória*. Em princípio, só a lei formal e material, ou seja, a lei saída do processo legislativo regular estabelecido na Constituição pode instituir tributo, o que significa que a *Medida Provisória* não pode instituir tributo, nem aumentar. Por que razões?

A *Constituição* estabelece que a *Medida Provisória* tem eficácia de lei, pelo período máximo de cento e vinte dias, se for prorrogada, porque é emitida para atender caso de relevância e urgência. Sendo assim, *não pode instituir tributo*, considerando que terminada a eficácia da *Medida Provisória*, sem que o Congresso Nacional sobre ela se manifeste, estaremos diante de um vazio legislativo porque manda a Constituição que as relações jurídicas dela decorrentes sejam disciplinadas por decreto legislativo, considerando que, neste caso, ela perde a eficácia a partir da data de sua edição.

Ainda quando se reeditem as *Medidas Provisórias*, nós teremos os mesmos problemas, porque para se reeditá-las é necessário que se altere o seu conteúdo, considerando que não pode haver a mesma urgência, a mesma relevância, e aí ela teria que alterar os elementos do tributo e o tributo não pode ter esses elementos alterados porque ele obedece ao *princípio da tipicidade cerrada* tal como é o caso do delito. Então, tanto o tipo tributário quanto o tipo criminal são *cerrados*. Como, então, poderá haver essa alteração? De outro lado, o tributo tem em seu favor o *princípio da anterioridade*, em decorrência do qual, mesmo que o presidente da República baixe uma *Medida Provisória instituindo* um tributo, esse tributo não poderá ser cobrado *antes* do começo do exercício seguinte e, obedecido o princípio *nonagesimal*, também, *antes* de decorridos, obviamente, os noventa dias da data em que haja sido publicado o documento normativo que o instituiu ou aumentou.

Ora, o presidente tem a alternativa de utilizar, para os projetos de lei de sua iniciativa, o critério constitucional da urgência (§§ 1º e 2º do art. 64 da Constituição) e, por essa razão, também, não tem sentido veicular *instituição* de *tributo* por *Medida Provisória*.

Por todo o exposto, afirme-se que a *Medida Provisória* não pode, pela sua natureza e pela eficácia das suas normas, *instituir* nem *aumentar tributo*, nem dispor sobre a *matéria de reserva legal* a qual se identifica desde a matriz constitucional, quando o art. 150 da Constituição dispõe que somente a *lei* pode exigir – leia-se *instituir* – ou aumentar tributo e o Código Tributário Nacional, cujo fundamento de validez é a Constituição (art. 146), desdobrando esse *princípio da legalidade*, fixa qual é o conteúdo desse *exigir* e qual é o conteúdo desse *aumentar*, no seu art. 97. Esta *matéria*, desse art. 97, é a *de reserva legal*: somente *lei* – aquela regra com as cinco características antes listadas: ato genérico, abstrato, compulsório, permanente e plural – pode veiculá-la. Logo, *Medida Provisória* – repita-se, por necessário – não pode ser instrumento dessa *matéria*, nem qualquer outra norma que, à guisa de *regulamentar* lei ou de complementá-la, termine, por modo enviesado, definindo fato gerador, base de cálculo, sujeito passivo ou outro elemento da hipótese do fato gerador.

Exercer outras atribuições previstas na Constituição – A Constituição atribui ao presidente da República certas iniciativas, inerentes às especificidades e especializações de órgãos do Poder Executivo, tais como as referentes a atividades nucleares e ambientais, ainda que haja necessidade da aprovação pelo Poder Legislativo.

4.2. Responsabilidade

Os *agentes públicos* costumam ser classificados em duas categorias: *agentes políticos* e *agentes administrativos*, conforme a investidura, respectivamente, seja por eleição em pleito direto ou por concurso público, ainda que os magistrados, cujo ingresso na vida pública é por essa última modalidade, sejam, também, *agentes políticos*, em face das funções que exercem.

O chefe do Poder Executivo é um *agente político*. Assim, as suas responsabilidades podem ser classificadas em decorrência das infrações *penais comuns*, *civis* e *político-administrativas*. Cada um desses grupos tem normas distintas de processo e de julgamento.

O chefe do Poder Executivo pode praticar ilícito *civil*, no exercício de suas funções, basta que ofenda direito de outrem, cujo objeto seja um bem integrante da ordem privada, causando-lhe dano *moral*, *material* ou

corporal, enquadrando-se nas normas que, no Código Civil, regem a espécie. Igualmente, pode cometer *crime* – ato ilícito definido no Código Penal como contrário às suas disposições, que seja, assim, além de antijuridicamente típico, também seja culposo (dolo ou culpa *stricto sensu*); é possível, assim, incidir em ilicitude capitulada como contravenção ou como crime de qualquer dos tipos descritos na lei criminal.

Pertinente à sua atividade administrativa, também pode incidir em ilicitude caracterizada como ofensa a normas que regem o âmbito de atuação político-administrativa, isto é, o das práticas governamentais, enquanto qualificado como agente político, por exemplo, quando atenta contra a Constituição que, por isso, dispõe sobre o processo e o julgamento dos chefes do Poder Executivo, nesse âmbito em que a infração não é penal, mas, sim, política porque cometida por alguém qualificado em razão do exercício de um múnus de mando.

A *responsabilidade político-administrativa* está regrada, por normas gerais, no texto constitucional, que remetem, para lei especial, as normas de processo e de julgamento.

Os ilícitos, arrolados sob esta rubrica, vêm tipificados, com pequenas variações semânticas, desde a primeira Constituição republicana[52] e desde então são denominados *crimes de responsabilidade* e listados *numerus clausus*, pela sua fonte, a Constituição, ainda que os *elementos constitutivos* do *tipo* respectivo venham definidos na lei especial integrativa da Constituição. Contudo, não se confundem a responsabilidade político-administrativa e a responsabilidade criminal *stricto sensu*.

A distinção dessas ilicitudes passíveis de serem cometidas pelos *agentes políticos* permitiu lapidar lição de Hely Lopes Meirelles[53], nos seguintes termos: “Não admitimos a responsabilidade exclusivamente *política*, nem a unicamente *administrativa*. No nosso sistema constitucional e penal a falta exclusivamente *política* dos governantes não tem sanção, como não é punível a falta unicamente *administrativa* desses agentes políticos. Somente quando se conjuga a falta política com a irregularidade administrativa é que surge a *infração político-administrativa*, definida em lei e sancionada com a cassação de mandato”.

O rol dos ilícitos está elaborado na Constituição para as atividades do presidente da República contrárias: a) – à existência da União; b) – ao livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e

dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; c) – ao exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; d) – à segurança interna do país; e) – à probidade na administração; f) – à lei orçamentária; g) – ao cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Cada um desses ilícitos tem o seu tipo descrito em lei especial e, por natureza, não são, propriamente, crimes.

O *standard* federativo comunica essas mesmas atividades ilícitas presidenciais com o exercício do mandato de governador de Estado e de prefeito de Município. O rol é taxativo.

O silêncio da Constituição inspira que se inclua o governador no mesmo procedimento do presidente da República.

Mas, o prefeito, diversamente, tem procedimento com elementos diferenciados para o processamento e o julgamento das infrações cometidas.

4.2.1. Espécies de crime

A Constituição distingue entre as infrações penais comuns e os crimes de responsabilidade, ao disciplinar o processo e o julgamento das ilicitudes dos agentes políticos, à exceção da competência para julgar o prefeito.

As infrações penais comuns abrangem os crimes comuns e os crimes funcionais, estes cometidos por agentes qualificados como servidor público.

Os crimes comuns estão listados no Código Penal, Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940:

I – crimes contra a pessoa: a – contra a vida; b – contra a honra.

II – crimes contra a liberdade individual: a – contra a liberdade pessoal; b – contra a inviolabilidade do domicílio; c – contra a inviolabilidade de correspondência; d – contra a inviolabilidade dos segredos.

III – crimes contra o patrimônio: a – furto; b – roubo e extorsão; c – usurpação; d – dano; e – apropriação indébita; f – estelionato e fraudes; g – receptação.

IV – crimes contra a propriedade imaterial: a – contra a propriedade intelectual; b – contra o privilégio de invenção.

V – crimes contra a organização do trabalho.

VI – crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos: a – contra o sentimento religioso; b – contra o respeito aos mortos.

VII – crimes contra a dignidade sexual: a – contra a liberdade sexual; b – contra o vulnerável; c – rapto; d – lenocínio e tráfico de pessoa para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual; e – ultraje público ao pudor.

VIII – crimes contra a família: a – crimes contra o casamento; b – contra o estado de filiação; c – contra a assistência familiar; d – contra o poder familiar, tutela e curatela.

IX – crimes contra a incolumidade pública: a – crimes de perigo comum; b – contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos; c – contra a saúde pública.

X – crimes contra a paz pública.

XI – crimes contra a fé pública: a – moeda falsa; b – falsidade de títulos e outros papéis públicos; c – falsidade documental.

Os crimes funcionais estão listados, também, no Código Penal, Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. São qualificados, enquanto o elemento subjetivo implica o agente ser funcionário público, assim considerado, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública (art. 327 do Cód. Penal), a ele equiparado quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. A pena será aumentada da terça parte quando os autores desses crimes forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público:

São eles os crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral: a – peculato: peculato culposo; peculato mediante erro de outrem; b – inserção de dados falsos em sistema de informações; c – modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações; d – extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento; e – emprego irregular de verbas ou rendas públicas; f – concussão; g – excesso de exação; h – corrupção passiva; i – facilitação de contrabando ou descaminho; j – prevaricação; k – condescendência criminosa; l – advocacia administrativa; m – violência arbitrária; n – abandono de função; o – exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado; p – violação de

sigilo funcional; q – violação do sigilo de proposta de concorrência.

A Lei n. 10.028, de 19 de outubro de 2000, sobretudo em razão dos fatos capitulados na Lei Complementar n. 101, acrescentou os crimes contra as finanças públicas: a – contratação de operação de crédito; b – inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar; c – assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura; d – ordenação de despesa não autorizada; e – prestação de garantia graciosa; f – não cancelamento de restos a pagar; g – aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura; h – oferta pública ou colocação de títulos no mercado.

Os crimes de responsabilidade são as infrações político-administrativas listadas, *numerus clausus*, na Constituição, como visto supra, regulados pela Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950, com a redação dada pela Lei n. 10.028/2000.

4.2.2. Processo e julgamento

Todo meio punitivo há de ter um procedimento específico, isto é, a organização dos atos a serem praticados na busca da composição de uma lide. Não se confundem, por isso, com os dos demais agentes, os procedimentos nos processos que são previstos para as ilicitudes cometidas pelo presidente da República que será julgado, nas suas infrações penais comuns, perante o Supremo Tribunal Federal, ficando suspenso de suas funções, se for recebida a denúncia ou a queixa-crime, pela Corte. Os governadores dos Estados e o do Distrito Federal são processados e julgados pelo Superior Tribunal de Justiça

Note-se, contudo, que antes dessa recepção é necessário que a Câmara dos Deputados exerça o *juízo de admissibilidade*, por dois terços dos seus membros.

Estas normas gerais despontam com o critério do *juízo de admissibilidade* da Câmara dos Deputados, pelo mesmo *quorum* antes falado, quando se trata do crime de responsabilidade, cujo julgamento caberá ao Senado Federal.

O prefeito, tanto nos crimes comuns quanto nos de responsabilidade, é processado e julgado pelo Tribunal de Justiça do respectivo Estado. Nestes termos, será, sempre, pelo Pleno, porque o legislador, quando dispõe em contrário, é expresso ao optar pelos órgãos fracionários dos tribunais. Há

Estados nos quais, inconstitucionalmente, a organização judiciária designa órgão fracionário e, às vezes, "*ratione personae*", o que é pior para a imparcialidade que deve ser guardada.

4.3. Substituição e sucessão

A Constituição estabelece a *substituição* para a hipótese de *impedimento* do titular da chefia do Poder Executivo, circunstância em que, se o vice, também, nela se enquadrar, serão chamados, ao exercício, sucessivamente, no caso da União, o presidente da Câmara dos Deputados, instituição que representa o povo; o presidente do Senado Federal, Casa Legislativa que representa os Estados e o Distrito Federal; o presidente do Supremo Tribunal Federal. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adaptam essas regras conforme a sua organização, excluídos os órgãos inexistentes nas suas estruturas, por exemplo, os da magistratura para os Municípios, porque estes não têm Poder Judiciário.

Haverá *impedimento* se o titular estiver suspenso de suas funções, até o tempo máximo de cento e oitenta dias, período dentro no qual se espera seja concluído o respectivo julgamento, o que ocorrerá se o Supremo Tribunal Federal tiver recebido a denúncia ou a queixa-crime por infração penal comum; ou se tiver sido instaurado, pelo Senado Federal, processo nos crimes de responsabilidade.

O *impedimento*, além de poder ser um obstáculo físico, pode ser, também, de ordem moral, no qual não há necessidade de ausentar-se do cargo, mas, circunstancialmente, não pode praticar certos atos, como, por exemplo, a nomeação de um parente. Ocorre, outrossim, o *impedimento* temporário, na hipótese de uma viagem para fora do território do ente federado, quando a *substituição* é automática, pois o vice estará legitimado pelo dispositivo constitucional à prática de atos, por exemplo, em face de intempéries que exijam providências urgentes. O obstáculo físico ocorre, especialmente, em caso de licença ou de suspensão.

A Constituição dispõe sobre a *sucessão* do titular pelo vice se houver a *vacância* daquele cargo, a qualquer tempo decorrido de mandato, obviamente por sua perda, a qual ocorre pela morte, incapacidade absoluta, renúncia, crime de responsabilidade, pela recusa de cumprir deveres nos termos do art. 5º, VIII, da Constituição.

Outras atribuições, além dessas constitucionais e das missões especiais para as quais for convocado pelo titular, poderão ser conferidas por lei complementar ao vice.

Se houver *vacância*, também, do cargo de vice, far-se-á eleição, noventa dias depois de aberta a vaga, mas, se tal acontecer nos últimos dois anos do período de mandato, será realizada a eleição pelo Legislativo, para ambos os cargos, trinta dias depois de aberta a última vaga e os eleitos terão direito, apenas, a completar o período de seus antecessores.

4.4. Auxiliares diretos

4.4.1. Ministros de Estado

A primeira Constituição republicana, sempre, aqui, referida como marco inicial da regulação de situações políticas que se institucionalizaram – como ocorre com Ministro de Estado –, refere-se ao cargo como o de ocupação por pessoas auxiliares do presidente da República.

A disciplina jurídica, em regra, tem sido similar, nos textos subsequentes, distinguindo-se ora pelo número de funções, ora pela gradação da conexão da responsabilidade entre as duas autoridades.

Duas expressões ocuparam, sempre, a atenção da Doutrina, a partir de 1891: Ministros são *agentes da confiança* do presidente da República; Ministros *subscrevem* os atos do presidente da República.

O texto atual, sob comento, silencia quanto a essa natureza fiduciária entre as duas autoridades, mesmo dando natureza de nomeação *ad nutum* ao estabelecer que o presidente nomeia e exonera o Ministro.

A ausência da caracterização de cargo de confiança pode ensejar discordância entre nomeante e nomeado quanto a atos daquele que este se recuse a referendar, sem que esta conduta implique, necessariamente, a exoneração do insubordinado.

Assim, vem a pelo a interpretação da outra expressão que se modificou de “subscrever os atos” para “referendar os atos”.

Dê-se, agora, espaço à palavra abalizada de João Barbalho[54], comentando o tema: “*Lhe subscrevem os atos.* O projeto do governo dizia: ‘lhe *referendam* os atos’. Por iniciativa da comissão do congresso constituinte, este trocou aquela por esta expressão. A palavra *referenda* anda associada, na tecnologia do direito constitucional, a ideia de responsabilidade. E

subscrever, embora em certa acepção valha o mesmo que aceitar, consentir, assinar para aprovar (Aulete, *Dic. Contem*.), tem ainda, derivado da técnica forense, a significação de assinar para autenticar o que é feito, escrito ou mandado escrever por outrem. Neste último sentido foi empregada pela comissão a palavra *subscrever*, consoante com seu pensamento de arredar toda a ideia de poder ministerial e responsabilidade ou corresponsabilidade dos ministros, sendo que, para mais acentuar esse pensamento, havia apresentado também a seguinte emenda, que qualifica os ministros simples de *secretários*: No capítulo IV e seus arts. bem como em todas as disposições da Constituição em que se encontrar a palavra – Ministros – referindo-se aos membros do Poder Executivo seja substituída pelo vocábulo – Secretários". Tem-se, por isso, a concepção de que na República esta palavra *referendar* não tem significado de tornar o ministro responsável em conexão com o presidente; significa, então, "assinar para autenticar o que é feito, escrito ou mandado escrever por outrem".

4.4.2. O Conselho da República e o de Defesa Nacional

São dois órgãos de consulta do presidente da República, tal como se disse *supra*. Cabe-lhes, portanto, oferecer parecer sobre a matéria de sua competência. As disposições da Constituição não induzem que seja uma atividade vinculada, por isso, a sua convocação, também, é faculdade do presidente.

1 Professor Emérito da Universidade Federal da Bahia – UFBA. Professor Emérito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo) – UPM. Professor no Programa de Pós-graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UFBA. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo – USP. Livre-Docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Academia Internacional de Direito e Economia. Vice-Prefeito de Salvador-Bahia (2009-2012).

2 Cf. LUHMANN, Niklas. *Poder*. Tradução de Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985. p. 5-17; SEMAMA, Paolo. *Linguagem e poder*. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, c1974. p. 21-27.

3 Cf. BIDART CAMPOS, German J. *El poder*. Buenos Aires: Ediar, 1985. p. 30.

4 Cf. CAMÕES, Luis de. *Os lusíadas*. 12. ed. São Paulo: Melhoramentos. p. 94, 95, 178, 286, 337.

5 Cf. ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Tradução de Genaro R. Carrió. Buenos Aires: EUDEBA – Editorial Universitária de Buenos Aires, 1963. *El concepto de validez y otros ensayos*. Buenos Aires: Centro Editorial de América Latina.

6 Cf. BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 72 e ss.

7 Cf. LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 2. ed. Tradução de Walter Stonner. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1988.

8 Cf. *Conflito entre poderes*: o poder congressual de sustar atos normativos do poder executivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 13-16, 20 e ss.

9 Cf. BRITO, Edvaldo. *Reflexos jurídicos da atuação do estado no domínio econômico*. Prefaciado por Orlando Gomes. São Paulo: Saraiva, 1982.

10 Cf. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.

11 Cf. SEABRA FAGUNDES, M. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 105.

12 Cf. BRITO, Edvaldo. Aspectos inconstitucionais da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). *Ação declaratória de constitucionalidade.* São Paulo: Saraiva, 1994. p. 39-50. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade na lei tributária. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, Academia Brasileira de Direito Constitucional, n. 3, 2003, p. 205-224.

13 Cf. *Do controle da constitucionalidade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 177 e ss.

14 Cf. ADIN n. 1.976-7 – Distrito Federal, Rel. Min. Joaquim Barbosa. *DJ* de 18.05.2007.

15 Cf. LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: IBRASA, 1963. p. 3-12.

16 Cf. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*: as formas de governo: a divisão dos poderes. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 84.

17 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito,* cit., p. 164 e ss.

18 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito,* cit., p. 172.

19 Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 363.

20 Cf. BRITO, Edvaldo. *Limites*, cit., p. 66-67. MOREIRA ALVES, J.C. A jurisdição constitucional estadual e as normas constitucionais federais reproduzidas nas constituições dos estados-membros. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. Reclamações no Supremo Tribunal Federal n. 337, 370-I MT e 383-3 SP.

21 Cf. *Miranda*, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários*, cit., p. 278.

22 Cf. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico.* 20. ed. revista e atualizada por: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 509.

23 Cf. essas noções em GOMES, Orlando. *Contrato de adesão*: condições gerais dos contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 58-70. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. p. 151 e ss.

24 Cf. sobre o tema LEAL, Victor Nunes. *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 125 e ss.

25 Cf. *Sobre el derecho y la justicia*. Tradução de Genaro R. Carrió. Buenos Aires:

EUDEBA, 1963. p. 78 e segs. e *El concepto de validez y otros ensayos*. Buenos Aires: Centro Editorial de América Latina, 1969. p. 49 e ss.

26 Cf. *Princípios de direito administrativo.* 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 139.

27 Cf. *Curso de direito constitucional positivo.* 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 413.

28 Cf. *Conflito*, cit., p. 45 e ss.

29 Cf. sobre a matéria, NAVARRO DE BRITTO, Luiz. *O veto legislativo:* estudo comparado. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1966. p. 46.

30 Cf., a propósito, PIMENTA BUENO. *Direito público*, cit., p. 237.

31 Cf. BARBALHO, João. *Constituição federal brasileira:* Comentários. 2. ed. correta e argumentada pelo autor (publicação póstuma). Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia., 1924. p. 250.

32 Cf. KELSEN, Hans. *Teoría general del estado*. 15. ed. México: Fuentes Impresores, 1979. p. 214 e ss.

33 Cf. LEAL, Aurelino. *Theoria e prática da constituição federal brasileira*. Parte primeira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1925. p. 623 e ss.

34 Cf. REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 49 e ss.

35 Cf., neste sentido: MAXIMILIANO, Carlos. *Commentários à constituição brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, Editor, 1923. p. 374. MILTON, Aristides A. *A constituição do Brasil*. Notícia histórica, texto e commentário. 2. ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898. p. 142. Em sentido contrário: LEAL, Aurelino., *Theoria e prática*, cit., p. 626.

36 Cf. MAXIMILIANO, Carlos, *Commentários*, cit., p. 511, citando F. de Martens, *Traité de droit international*, vol. I, p. 510 e ss.

37 Cf. *Direito das obrigações*. Bahia: José Luiz da Fonseca Magalhães – Editor, 1896. p. 171.

38 Cf. *Princípios*, cit., p. 139 e ss.

39 Cf. *A Constituição*, cit., p. 253 a 254.

40 Cf. *Commentários*, cit., p. 510.

41 Cf. DÍAZ, Elias. *Sociología y filosofía del derecho*. Madrid: Taurus Humanidades, 1993. p. 102/l03: “El método semiótico, en cuanto interpretación y análisis del lenguaje y, de manera más exacta, la semiótica, ciencia de los lenguajes técnicos, artificiales y semi-artificiales (contrapuestas a la lingüística, ciencia de los lenguajes naturales), tiene como meta principal el esclarecimento de las diferentes dimensiones del signo o palabra utilizada en el lenguaje. (...) Suelen reducirse las dimensiones propias del lenguaje a tres tipos de relaciones fundamentales: sintácticas, semánticas y pragmáticas.”

42 Cf. *O espírito*, cit., Livro Nono, cap. VI.

43 Cf. *Segundo tratado*, cit., Cap. XII.

44 Cf. BRITO, Edvaldo. *Reflexos*, cit., p. 88/89.

45 Cf. BRITO, Edvaldo. *Reflexos*, cit., p. 30.

46 Cf. – ICMS – Não cumulatividade e suas Exceções Constitucionais. In: *Interpretação e estudos da constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990. p. 58 e ss.

47 Cf. *Democracy in America*. New York: Phillips Bradley, 1945. 1, 61.

48 Cf. *O federalismo nas Américas*: uma perspectiva comparada.

49 Cf. *The idea of a constitution*, conferência em São José da Costa Rica, em maio de 1989.

50 Cf. KELSEN, Hans. *Teoría general del Estado.* Tradução de Luis Legaz Lacambra. México: Nacional, 1979. p. 237 e ss.

51 Cf. *Introduction générale a l'étude du droit*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947. p. 197 e ss.
52 Cf. art. 54 da Constituição de 1891.
53 Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 901.
54 Cf. BARBALHO, João. *Constituição federal*, cit., p. 18.

O Poder Judiciário na Constituição de 1988

José Renato Nalini[1]

SUMÁRIO

1. Introito. **1.1.** Disposições gerais. **1.2.** Estatuto da Magistratura. **1.3.** O Quinto Constitucional. **1.4.** Predicamentos e vedações. **1.5.** Autonomia administrativa e financeira do Judiciário. **1.6.** Os precatórios e a função anômala do Judiciário. **1.7.** O Supremo Tribunal Federal. **1.8.** O Conselho Nacional de Justiça. **1.9.** O Superior Tribunal de Justiça. **1.10.** Os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais. **1.11.** Tribunais e Juízes do Trabalho. **1.12.** Tribunais e Juízes Eleitorais. **1.13.** Tribunais e Juízes Militares. **1.14.** Tribunais e Juízes dos Estados. **2.** Visão crítica. **2.1.** O Judiciário brasileiro na História da República. **2.2.** O Judiciário e seu papel na sociedade contemporânea. **2.3.** O Juiz e a democracia. **2.4.** O Juiz depois da Emenda 45/2004. **3.** À guisa de conclusão.

1. Introito

A sétima Constituição do Brasil[2], editada em 5.10.1988, é o resultado de uma intensa discussão travada não apenas no Parlamento, mas na Universidade, no âmbito empresarial, na mídia e na comunidade jurídica em geral. Ela sucede a um período considerado de exceção à ordem democrática, que teve início com a Revolução de 31 de março de 1964, seguida de edição de vários Atos Institucionais.

O longo período compreendido entre a quebra da ordem e a promulgação da *Carta Cidadã* propiciou a elaboração de inúmeros diagnósticos sobre as muitas instituições com assento fundante. O Poder Judiciário e o sistema de Justiça foram contemplados com estudos e propostas que implicariam profunda reforma estrutural. Tudo a refletir o interesse extremo despertado pelo tema nos mais diversos setores da nacionalidade.

Visões antagônicas neutralizaram grande parte das sugestões. O tratamento conferido pelo constituinte ao Judiciário restou distanciado da ambiciosa pretensão de reconfigurar a Justiça brasileira. Tanto assim que,

pouco tempo decorrido da vigência da nova Carta, já se propunha uma *Reforma do Judiciário*, iniciada em 1992 e culminada em 2004, com a edição da Emenda Constitucional 45.

O despertar da sociedade em relação a seus Tribunais atuou para influenciar o constituinte originário e o derivado, ambos preocupados com a adequação do equipamento estatal encarregado de resolver conflitos às novas exigências postas por esta era. Por seu lado, as instituições vinculadas ao funcionamento da Justiça operaram no sentido de acolher as sugestões coincidentes com os seus intuitos e de se opor àquelas com eles incompatíveis.

Longe se encontra o termo final desse processo de reformulações que prosseguirá enquanto houver espaço para modificação da disciplina constitucional da Justiça. Com essas observações, analise-se o paradigma de Judiciário abrigado na Carta de 1988.

1.1. Disposições gerais

O Poder Judiciário está contemplado no Título IV, Capítulo III da Constituição da República Federativa do Brasil. A Seção I, reservada às Disposições Gerais, contém 9 artigos.

São órgãos do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça[3], o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e Juízos Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares, os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios[4].

O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores – Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral e Superior Tribunal Militar – têm sede na Capital Federal[5] e jurisdição em todo o território nacional[6]. A preceituação é aparentemente despicienda. A sede de Tribunais Superiores não necessita ser prevista no pacto fundante. Além de não ser *matéria constitucional*, objeto suscetível de ser tratado em lei, a previsão inibe opções talvez mais benéficas ao Estado de Direito de índole democrática. Pois há Estados em que até se prefere sediar a cúpula do Judiciário em local distinto da capital, para desestimular um convívio que pode ser inconveniente para a Democracia, diante dos riscos de promíscua

intimidade entre autoridades dos vários poderes. No mais, parece perfeitamente inócuo dispor que a jurisdição desses órgãos máximos se estende por todo o território nacional. Essa é a amplitude a que naturalmente estaria preordenada uma corte judicial que é instância máxima no sistema de justiça.

1.2. Estatuto da Magistratura

A Constituição prevê um *Estatuto da Magistratura*, uma espécie de *Código do Juiz*, a constar de uma Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal[7]. A lei complementar é uma categoria que já teve mais prestígio no constitucionalismo brasileiro. Sua distinção com a lei ordinária seria um *quorum* qualificado para aprovação. No mais, não se distingue das demais leis, embora a sua origem esteja vinculada à vocação de *complementar* uma norma constitucional. Daí sua singular hierarquia.

Até agosto de 2011, o projeto de Estatuto não foi encaminhado pelo STF ao Parlamento. Isso porque o órgão máximo do Judiciário brasileiro considerou recepcionada pela nova ordem fundante a Lei Complementar Federal n. 35, de 14.3.1979, a chamada *Lei Orgânica da Magistratura Nacional*. Circunstância de certa forma insólita, quando, à época de sua edição, a LOMAN foi denominada *camisa de força* do juiz brasileiro, pois produzida em decorrência da Emenda Constitucional n. 7/77, repudiada pela maioria do Judiciário brasileiro[8]. Como comprovação de que a Constituição de 1988 é eminentemente principiológica, o formulador do pacto determina tanto ao STF – a quem incumbe a iniciativa do Estatuto da Magistratura – como ao Parlamento – que deverá apreciar esse projeto – sejam observados os princípios que enuncia.

O primeiro princípio cuida do ingresso na carreira. O acesso à Magistratura, ao menos para a grande maioria dos juízes[9], se dará no cargo inicial de juiz substituto. O concurso público de provas e títulos contará com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB em todas as fases.

A integração da advocacia ao processo de seleção de juízes é garantia de que ele se realiza de forma transparente, o que reduz a suspeita de que haverá favoritismo ou nepotismo no recrutamento. Somente bacharéis em direito podem se inscrever para o concurso, na presunção de que o

conhecimento do direito seja essencial a quem pretenda exercer a jurisdição. Hoje exige-se ao candidato um mínimo de três anos de atividade jurídica, como forma de se escolher apenas aqueles com experiência profissional.

Esse requisito foi inserto com a Reforma do Judiciário e resulta de uma constatação de que a Magistratura brasileira era composta de jovens cada vez mais novos e desprovidos de qualquer treino em atividade jurídica[10]. Bastante relativa essa presunção, pois a expressão *atividade jurídica* não é unívoca e pode ser interpretada de acordo com várias orientações. Na verdade, o que significa *atividade jurídica*? A mais óbvia das conclusões é a de que a atividade jurídica típica é a advocacia. Mas os funcionários dos foros, os exercentes de funções nas quais o direito é a ferramenta – Ministério Público, Polícia, Defensoria Pública, Procuradorias, assistência jurídica em geral –, também preenchem essa exigência.

Alexandre de Moraes, com a autoridade de constitucionalista que integrou o CNJ em sua primeira composição, assinala ser atividade jurídica "aquela exercida com exclusividade por bacharel em Direito, bem como o exercício de cargos, empregos ou funções, inclusive de magistério superior, que exija a utilização preponderante de conhecimento jurídico, vedada a contagem do estágio acadêmico ou qualquer outra atividade anterior à colação de grau"[11]. De acordo com o CNJ, "serão admitidos no cômputo do período de atividade jurídica os cursos de pós-graduação na área jurídica reconhecidos pelas Escolas Nacionais de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados de que tratam o artigo 105, parágrafo único, I, e o artigo 111-A, parágrafo 2º, I, da Constituição Federal, ou pelo Ministério da Educação, desde que integralmente concluídos com aprovação"[12]. Por sinal que o jovem constitucionalista entende que o termo inicial para o cômputo do prazo de atividade jurídica não deveria ser a obtenção do grau de bacharel em Direito. Para ele, "os estágios oficiais da Magistratura, Ministério Público, Defensorias e Procuradorias realizados por estudantes de Direito, cuja via de acesso é o concurso público, atendem a exigência constitucional de maior experiência do candidato, uma vez que são voltados para que o estagiário aprenda o funcionamento da respectiva instituição, bem como o exercício de suas funções"[13].

Como carreira, a função judicial é escalonada em vários degraus. Inicia-se como Juiz Substituto e cada organização judiciária – naquilo que restou

para as demais entidades federadas – pode estabelecer como se desenvolverá o acesso aos demais estágios de jurisdição. O constituinte conservou a linguagem tradicional de *entrância*, para significar esses graus na carreira do juiz, galgados mediante promoção[14].

Os pilares que disciplinam essa caminhada ascensional do juiz de carreira, nos dois graus de jurisdição a tanto acessíveis[15], são o merecimento – mérito – e a antiguidade – o decurso temporal dentro da caminhada funcional. Tais critérios serão alternados, ou seja, uma repetição intervalada. Para impedir perseguições ou o favoritismo que não é incomum na vida pública, é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em listas de merecimento[16]. Essa regra impede seja alguém desfavorecido, se está em seu momento de atingir outro estágio na carreira.

A normatividade incidente sobre a promoção também vale para a remoção a pedido ou a permuta de magistrados[17].

Já o merecimento será conjugado à antiguidade, pois para ensejar efetiva promoção o juiz precisa estar há dois anos em exercício na entrância que deixará e integrar a primeira quinta parte da lista de antiguidade. A exceção a essa regra é a inexistência de outros interessados, que a preencham e não se interessem pela vaga[18].

O constituinte previu também como se afere o merecimento. O candidato à promoção precisa comprovar o *desempenho*, que é a maneira como alguém atua, em termos de eficiência, diligência, comprometimento com a causa. Esse é um critério de certa forma *subjetivo*, que será analisado em conjunto com os critérios objetivos da produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento[19].

Tal dispositivo reflete a relevância conferida pelo pacto à celeridade na outorga da prestação jurisdicional, a par da importância de uma *educação continuada*. O aprendizado contínuo é a regra para o juiz brasileiro, na pressuposição de que sempre haverá algo a ser aprimorado ou descoberto, em busca da plenitude possível a um ser humano.

É prevista a recusa do juiz mais antigo, mas fundamentada e com *quorum* qualificado: dois terços dos membros do tribunal, sempre assegurada ao preterido ampla defesa[20]. Seja no merecimento, seja no critério da antiguidade, vedada a promoção do juiz que, injustificadamente, retiver

autos em seu poder além do prazo legal. Nesse caso, não poderá devolvê-los sem cumprir sua função decisória[21]. Evidente que alguém que não cumpre com exação os seus deveres de ofício não faz jus a escalar outros níveis em seu percurso. Méritos não terá, mas, ainda seja o mais antigo, merece permanecer onde se encontra, até dar conta do serviço.

Ocorre que o verbete *injustificadamente* praticamente neutraliza o bom propósito da norma. Todos os atrasos são em regra justificados, ainda que não seja paradigma ético argumentar com o acúmulo de serviço[22].

A ênfase que o constituinte originário havia conferido à educação judicial foi ainda mais reforçada pelo constituinte derivado. A Emenda 45/2004 acrescentou à previsão dos cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados o curso para vitaliciamento, que deve ser oficial ou reconhecido por Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados[23].

O constituinte ainda cuidou de disciplinar os subsídios da magistratura[24], a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes[25]. Cuidou até de assunto que, materialmente, não é constitucional: o dever de o juiz titular residir na respectiva comarca, salvo autorização do tribunal[26].

No capítulo das sanções cabíveis ao juiz, previu-se que a remoção, disponibilidade e aposentadoria por interesse público só poderão advir de decisão por voto da maioria absoluta do tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa[27]. Garantiu-se também a publicidade dos julgamentos, que precisam ser fundamentados, inclusive quando administrativos[28], sob pena de nulidade. Excepcionou-se a publicidade plena quando a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação[29]. Observe-se que o próprio constituinte derivado sinalizou qual deve ser a hermenêutica para o pacto principiológico: valem agora os critérios da ponderação, da otimização, que permitem o convívio entre princípios aparentemente conflitantes. Uma Constituição que prestigiou o caráter axiológico do direito reclama um intérprete provido de talento para uma exegese que refoge ao automatismo da subsunção e não se pode satisfazer com a regra da antinomia. A mudança de paradigma torna compreensível a preocupação com o novo recrutamento dos magistrados e com seu aprendizado contínuo, sob a forma de educação judicial permanente. É o que ainda se examinará,

no decorrer do trabalho.

Numa direção ampliativa da democratização interna dos tribunais, manteve-se o Órgão Especial, encarregado das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno. Só que agora as vagas serão providas por dúplice critério: metade delas por antiguidade, e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno[30]. Rendeu-se o constituinte à longeva orientação de que a carreira toda se alicerça em antiguidade e mérito. Não há razão plausível para que esse organismo que recebe por delegação a competência do Plenário seja integrado exclusivamente pelos magistrados mais antigos.

O intuito de se conferir eficiência maior ao Judiciário está evidente na vedação das férias coletivas e no comando que impõe funcionamento ininterrupto da atividade jurisdicional. Nos dias em que não houver expediente forense normal haverá juízes em plantão permanente[31]. O vocábulo *ininterrupta*, a qualificar a atividade jurisdicional, sugere que a intenção do constituinte fora o funcionamento da Justiça por vinte e quatro horas a cada dia, sem qualquer intervalo. Na verdade, se resolver conflitos é uma função estatal de relevo, assim como atender às necessidades de saúde e segurança, não se justifica o fechamento dos foros à noite, nos fins de semana e feriados. Um *pronto-socorro* judicial talvez alavancasse a produtividade do Judiciário e não seria inviável, seja pelo número de integrantes que ele hoje ostenta, seja pela facilidade com que se manejam os recursos tecnológicos disponíveis, o que propiciaria um plantão à *distância* ou *virtual*.

Outras providências destinadas a conferir um *plus* na qualidade da prestação jurisdicional foram tomadas pelo formulador do concerto fundante. Assim a previsão de que o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população[32]. Somente um planejamento efetivo, a ser liderado pelo CNJ, poderá avaliar a má distribuição da máquina judiciária no território brasileiro. Sempre com vistas a uma gestão responsável, que incremente a produtividade sem insistir no surrado discurso da proliferação de cargos, num crescimento vegetativo que nem sempre se traduz na multiplicação das soluções.

A outorga de delegação aos funcionários para a prática de atos de mero expediente e sem caráter decisório[33] é acerto que pode abreviar a duração

das demandas. Assim como a distribuição imediata de processos, em todos os graus de jurisdição[34], tema que não mereceria explicitude na ordem constitucional, coíbe a prática das “cotas”, fator que avolumou a carga de recursos à espera de julgamento em muitos tribunais. É direito da parte saber a quem foi confiado o seu processo ou irresignação, até para poder cobrar observância dos prazos e da diligência que deve caracterizar o exercente de um serviço estatal de substancialidade manifesta.

Esses os preceitos que devem, obrigatoriamente, constar do futuro *Estatuto da Magistratura*, até o momento ainda não editado. Por paradoxal que possa parecer, reitere-se, a LOMAN – a Lei Orgânica da Magistratura Nacional[35], que a maior parte dos profissionais do direito considerava *entulho autoritário* e foi chamada de *a camisa de força do juiz brasileiro*, continua em vigor, após trinta anos, recepcionada que foi por apreciação do STF, embora em composição anterior à atual. A LOMAN é também a causa de um evidente depauperamento do nível de democracia acolhida pelo constituinte originário e derivado, quanto à eleição dos dirigentes dos tribunais. É que prevalece o critério da antiguidade, a frustrar renovação mais efetiva das cúpulas, malogrando a adoção de metas e a possibilidade de escolha daqueles mais preparados a exercer a administração do Poder Judiciário. A prevalecer o sistema, não se haverá falar em “eleição”, senão em verdadeira “unção” dos mais antigos, nem sempre os mais talhados para exercer o comando dos Tribunais.

1.3. O quinto constitucional

A Carta Política de 1988 conservou o chamado *quinto constitucional*, pelo qual um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público com mais de dez anos de carreira e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes[36]. Não há perspectiva alguma de alteração desse critério de provimento de vinte por cento das vagas nos Tribunais inferiores e de um terço – ou mais de trinta por cento – no Superior Tribunal de Justiça. Pelo viés da economia, essa opção representa um ônus significativo. Pense-se que, numa Corte como a Paulista –

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo –, 72 desembargadores provêm do quinto constitucional. Ou seja: 36 advogados, que – em regra – só precisam permanecer 5 anos em serviço para em seguida se aposentar com proventos integrais.

Essa instituição subsiste sob argumento de que a composição dos tribunais com juízes exclusivamente de carreira poderia significar corporativismo ou acentuar o hermetismo de uma categoria que tende a se isolar. Destinar vinte por cento das vagas para membros do Ministério Público ou da advocacia representaria verdadeira oxigenação institucional. Porcentagem considerada insuficiente para o STJ, que tem mais de trinta por cento de seus integrantes provindos do quinto: para 33 Ministros, 11 são do *terço constitucional*.

É polêmica a opção do constituinte, sobretudo em relação à advocacia. Há os que entendem inexistir a renovação de mentalidades, ante o mimetismo que envolve os candidatos a tais vagas, antes mesmo do ingresso nos quadros da Magistratura. Também se afirma que aos poucos a carreira da Magistratura se vê desprestigiada, ao sujeitar o jovem magistrado a sacrificados percursos pelo interior, enquanto colegas de mesma classe permanecem na Capital, cooptam a simpatia das lideranças do Judiciário e chegam ao Tribunal antes daquele que se submeteu às dificuldades do concurso e da carreira inicial pontuada de óbices.

Também se questiona a desenvoltura com que os integrantes do Quinto Constitucional aos poucos ocupam as vagas destinadas ao desembargador no Superior Tribunal de Justiça, que já possui um *terço*, não mais um *quinto*, de vagas providas pelo mesmo critério.

As propostas de alteração da forma de provimento do *quinto* – para que o início da jurisdição se desse no primeiro grau, por exemplo – são sempre sepultadas sem discussão. Assim como a tentativa de legitimar a indicação mediante participação de outros poderes, como se pretendeu na Constituição Paulista de 1989[37]. A OAB é uma corporação muito prestigiada e poderosa e não permite que essa discussão ganhe espaço maior do que alguns minguados artigos em periódicos ou revistas jurídicas.

Outra crítica frequente dos juízes em relação ao *quinto* é que no regime anterior, quando era o próprio Tribunal que compunha as listas tríplices, nomes de proa da OAB eram os escolhidos. Quando a seleção passou aos próprios órgãos de classe, nem sempre ela prima por atender aos requisitos

constitucionais. Tanto que não tem sido rara a devolução das listas à OAB, por não haver nela encontrado o tribunal três nomes que atendam inteiramente ao objetivo pretendido.

A nomeação do juiz integrante do *quinto* dos Tribunais ou do *terço* do STJ será feita pelo Poder Executivo, em vinte dias do recebimento dos nomes, após a redução da lista sêxtupla a uma lista tríplice, pelo próprio Tribunal[38].

1.4. Predicamentos e vedações

Os tradicionais predicamentos dos juízes, chamados garantias, são a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos[39]. A doutrina é consensual quando sustenta que são instituídas em favor dos destinatários da justiça, não para privilegiar os magistrados. Se o juiz pudesse perder o cargo a qualquer desagrado de um poderoso, não haveria justiça que sobrevivesse, pois a missão judicial é sempre desagradara uma das partes. Quando não a todos os envolvidos na cena judiciária.

A vitaliciedade para o juiz de carreira só será adquirida após dois anos de exercício. Nesse período de prova, a perda do cargo dependerá de deliberação do tribunal respectivo. Depois disso, só poderá ser expungido dos quadros da Magistratura por sentença judicial com trânsito em julgado[40]. A vitaliciedade para os integrantes dos tribunais superiores e para os juízes do *quinto constitucional* ou do *terço constitucional* do STJ coincide com a posse. Uma peculiaridade da carreira de juiz é que, mesmo o faltoso, se não cometeu crime, não perderá o cargo. Permanecerá em disponibilidade remunerada proporcionalmente ao seu período de efetivo exercício. Situação em tese reversível para que o juiz ainda possa voltar à atividade, superado o problema que o colocou nesse *limbo funcional*.

A inamovibilidade é outro predicamento relativo – não existem direitos absolutos na Carta Política – e assegura ao juiz não ser removido contra a sua vontade, à exceção de interesse público. Para que isso ocorra, haverá necessidade de voto da maioria absoluta do tribunal ou do CNJ, propiciada ao interessado a amplitude de defesa que é direito de todo indivíduo[41].

Já a irredutibilidade de subsídios passou a ser um direito de todos os trabalhadores[42] e as ressalvas explicitadas no preceito o convertem – para o

juiz brasileiro – em mera retórica[43].

As vedações postas ao juiz têm conotação eminentemente ética. Ele é proibido de exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério[44]. A magistratura precisa de *dedicação exclusiva*. Inviável, seja pelo caráter de uma atuação que exige imparcialidade, equidistância, ausência absoluta de interesse, ou pelo fator mais trivial de que o juiz brasileiro não tem tempo para mais nada, senão para decidir. A carga de processos é quase sempre excessiva, ante o fenômeno de uma litigância crescente e cada dia mais complexa.

Já o exercício da docência tem vários aspectos a serem cotejados. Há os juízes que proclamam *serem apenas juízes*, com certa dose de orgulho. Como se o preparo de aulas não representasse também um obrigatório crescimento intelectual, haurido na necessidade de um estudo contínuo e atualização constante. Também se questiona a prioridade que alguns magistrados conferem ao magistério, em detrimento da magistratura. Neste ponto, os órgãos correcionais é que devem intervir, para que a incapacidade de *servir a dois senhores* não comprometa a atividade principal, que é a jurisdição. Por sinal que o Código de Ética da Magistratura Nacional dispõe sobre o tema e prioriza a atividade judicante do juiz professor[45].

Irrecusável que o contato com a doutrina e a legislação e, principalmente, com a juventude do alunado pode tornar o juiz alguém mais apto a compreender os dramas do convívio. Têm – estudo e diálogo com outras gerações – o condão de conferir ao magistrado a virtude de que tantos se ressentem: a humildade. Pois enfrentar classes universitárias nesta era contemporânea de perda ou fragmentação dos valores é desafio de vulto. O juiz que só vivencia a experiência do foro pode estar iludido quanto à *condição das ruas*, situação que a docência propicia. O estudante é franco ao avaliar aquele que se propõe a ministrar aulas. Seu tratamento reflete a verdade, enquanto o ambiente forense é ainda calcado no temor reverencial e na polidez formal plenamente fictícia, cotejada com o ambiente universitário.

De qualquer forma, todo juiz exerce uma função docente, queira ou não. Ao decidir, sinaliza à comunidade o que esta deve entender como adequada leitura do direito. A regra da fundamentação de todas as decisões converteu o juiz num professor, ainda que ele possa bradar que *é só juiz*.

Evidente que o juiz não pode receber, a qualquer título ou pretexto, custas

ou participação em processo[46]. Nem receber auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei[47]. As vedações são autocompreensíveis. A primeira se propõe a obviar qualquer interesse que o julgador pudesse ter em relação a uma causa vultosa; a segunda objetiva impedir que o juiz seja cooptado ou se incline a favorecer a quem o tenha favorecido ou mesmo presenteado.

Ainda com vistas a garantir a imparcialidade do juiz, proíbe-se que ele se dedique à atividade político-partidária[48]. O magistrado precisa estar num patamar *suprapartidário*. A vinculação do juiz com lideranças políticas locais tem sido um favor de instabilidade da Justiça, lesivo à sua credibilidade e fulminante quando ela se encontra na função eleitoral.

Outra inovação do constituinte derivado foi a chamada *quarentena*, ou seja, a proibição de o juiz exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou por exoneração[49]. Deixar a toga e imediatamente exercer a atividade de advogado no mesmo juízo ou tribunal implicaria perda de equidistância e imparcialidade. A par de constranger os antigos colegas que continuam na atividade judicante, o magistrado ao advogar poderia sugerir às outras partes que sua familiaridade com os julgadores favorecerá o seu patrocinado.

1.5. Autonomia administrativa e financeira do Judiciário

Como corolário da independência e harmonia entre os poderes, o Judiciário tem assegurada pelo constituinte a sua autonomia administrativa e financeira. A competência é privativa dos tribunais para eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, organizar secretarias e serviços auxiliares e dos juízos vinculados, prover os cargos de juiz de carreira e conceder benefícios e licenças a magistrados e servidores[50]. Toda a movimentação do funcionalismo forense está a cargo dos tribunais, vedada qualquer participação do Executivo no provimento, restringindo-se o Parlamento ao processo legislativo de criação dos cargos.

Ao STF, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça compete criar ou extinguir os tribunais inferiores, bem como alterar o número de

membros dessas instâncias inferiores, criar e extinguir cargos e fixar a remuneração dos serviços auxiliares e dos juízos vinculados, bem como fixar o subsídio de seus membros e dos juízes e tribunais inferiores[51]. A alteração da organização e da divisão judiciárias é também competência dessas Cortes[52].

Os Tribunais de Justiça também receberam do constituinte uma competência para julgar juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público nos crimes comuns e de responsabilidade[53]. A única ressalva é a prática de delito eleitoral, a cargo da própria Justiça eleitoral.

A autonomia administrativa e financeira é explicitada na Constituição, com a incumbência dos tribunais elaborarem suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias[54]. O encaminhamento da proposta, no âmbito da União, compete aos Presidentes do STF e dos demais Tribunais Superiores, ouvidos os respectivos tribunais. No âmbito dos Estados e do DF, compete ao Presidente do Tribunal de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais[55].

Em caso de não encaminhamento das propostas no prazo da LDO, o Executivo considerará os valores aprovados na lei orçamentária vigente, devidamente ajustados[56]. Se forem encaminhadas em desacordo com os limites estipulados na forma do § 1º, o Executivo procederá aos ajustes necessários[57]. Os limites orçamentários deverão ser observados sem qualquer extrapolação, exceto se houver abertura de créditos suplementares ou especiais[58].

Há quem considere a autonomia financeira mera retórica na Carta Política. E isso porque as verbas destinadas ao Poder Judiciário são por este consideradas sempre insuficientes e as propostas se submetem a mutilações por parte das equipes técnicas do governo.

O que parece faltar ao Poder Judiciário é capacidade de comunicação e articulação, pois as postulações priorizam os gastos com pessoal, nem sempre com investimentos ou projetos destinados a tornar a Justiça mais produtiva e célere. A Lei de Responsabilidade Fiscal é uma realidade irreversível e tem sido utilizada para reduzir as postulações da Justiça, que realmente ainda não sabe se autoadministrar de maneira profissional e apta a conferir eficiência ao seu serviço.

Outra questão que o Judiciário deveria examinar com carinho é o seu crescimento vegetativo, que inviabiliza qualquer investimento. No tempo em que o trabalho judicial era confiado às chamadas serventias do foro não oficializado, hoje delegações de serviços notariais e registrários, a eficiência era um valor detectável em grande parcela das unidades da Justiça. A Lei de Responsabilidade Fiscal limita o crescimento *ad infinitum* dos quadros do Poder Judiciário, mas é de pensar em devolução dos serviços judiciais às delegações, mais aptas a um desempenho eficaz, efetivo e eficiente, à luz de outros princípios que nunca tiveram força para vigorar no anacronismo dos serviços judiciais.

1.6. Os precatórios e a função anômala do Judiciário

Um tema que foi contemplado na Constituição, no capítulo do Poder Judiciário, e que mereceria revisão, é o da questão dos precatórios. O precatório é uma ordem de pagamento ordenada pelo Estado-juiz à Fazenda Pública, por força de uma dívida reconhecida judicialmente.

Previu o constituinte que os pagamentos devidos pelo Erário em virtude de sentença judiciária devem ser feitos exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios[59]. Isso para evitar que haja favoritismo na seleção dos credores, reconhecida a circunstância de o Poder Público ser devedor de vultosas quantias e nem sempre honrar suas obrigações de forma oportuna.

A Constituição obriga a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado e constantes de precatórios apresentados até 1º de julho. O pagamento deveria ser feito até o final do exercício seguinte e com valores monetariamente atualizados[60]. Uma outra cronologia se estabeleceu para os débitos de natureza alimentícia, assim compreendidos os decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado[61].

Ocorre que os débitos se avolumam e o pagamento até o exercício seguinte à requisição simplesmente não se viabiliza. Os sequestros são

rotineiros e previstos, com exclusividade, para a inobservância da cronologia[62]. Também se torna letra morta a intervenção estadual nos Municípios que deixam de cumprir decisão judicial que ordena pagamento de dívida do Erário[63]. No Estado de São Paulo, seu Órgão Especial a cada semana defere o pedido de intervenção em vários municípios e não se conhece uma delas que tenha sido decretada pelo Executivo bandeirante.

A questão dos precatórios é tão grave, que suscita inúmeras demandas junto ao STF e a demora em solvê-los gera um mercado de certa forma cruel: fundos estrangeiros se interessam por adquirir tais créditos, por valor ínfimo, aos credores desalentados. Após espera de muitos anos para perceber seu crédito, no sistema das quatro instâncias que o Brasil instaurou, preferem receber uma porcentagem mínima em lugar do valor integral de seu direito. Têm receio – justificado até – de que a morte venha a colhê-los antes que o Poder Público satisfaça a obrigação reconhecida pelo Estado-juiz.

Essa missão cometida ao Judiciário é anômala, pois ele já cumpriu sua função ao decidir – em definitivo – que o Poder Público deve e precisa pagar ao seu credor. Acumular a Justiça com uma atuação administrativa insólita, da qual não tem o menor controle, é desviá-lo de sua função precípua que é solucionar conflito.

Assim como não incumbe ao Estado-juiz fazer cobrança administrativa da dívida ativa – e não é outra a tarefa prevista na Lei das Execuções Fiscais – não é encargo seu gerir as verbas destinadas aos precatórios. Sabido que o problema parece insolúvel, pois as administrações no governo preferem se notabilizar por obras, não por pagamento de débitos em obrigações contraídas por antecessores.

As contínuas moratórias patrocinadas por interesse das entidades estatais devedoras comprometem a credibilidade na Justiça e representam anacronismo que o Brasil deveria sepultar, se quiser incorporar-se à contemporaneidade.

1.7. O Supremo Tribunal Federal

A Suprema Corte, copiada do modelo norte-americano, exerce um papel fundamental na democracia, ao *guardar* a Constituição[64]. Na verdade, a expressão significa a missão de *defender e fazer valer* o pacto fundamental, que é a raiz da legitimidade de toda a normatividade infraconstitucional.

O STF tem hoje essa função precípua e assumiu um protagonismo bastante significativo ao abandonar uma parcela de seu papel jurisdicional de verdadeira quarta instância, para reconhecer-se o *guardião da ordem constitucional*.

Para isso julga, dentre outras competências, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal[65], a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões[66] e o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentar for atribuição das autoridades mencionadas no preceito[67].

Também é competência do STF julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei local, lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição[68].

Outra importante atribuição do STF é apreciar a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição[69] ou declarar a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional[70].

Como órgão judicial no ápice da pirâmide kelseniana, o STF decide com efeito *erga omnes*, com observância obrigatória pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela administração pública sob todas as suas exteriorizações[71]. Após a Emenda 45/2004, o STF dispõe também do poder de editar súmulas vinculantes, com o objetivo de aferir a validade, a interpretação e a eficácia de norma determinada, acerca da qual paire controvérsia entre órgãos judiciários ou entre estes e a administração pública[72].

Para evitar a reiteração de feitos ao STF, sob a forma de recurso extraordinário, o que o privaria de exercer sua atividade específica, estabeleceu-se que no recurso extraordinário o recorrente deva demonstrar a *repercussão geral* das questões constitucionais discutidas no caso[73]. A providência já fora experimentada na ordem constitucional anterior sob a denominação de *arguição de relevância*. É uma estratégia que reserva a Corte Suprema para efetivamente atuar na dicção do que é constitucional ou do que se incompatibiliza com a ordem fundante. Saudável a adoção de

instrumentos destinados a liberar o STF para que se posicione, a tempo e a hora, a respeito de crescentes dúvidas constitucionais.

A atual composição do STF bem compreendeu que o Tribunal deve ser outro após a Constituição de 1988, pois a opção por um paradigma principiológico reclama um protagonismo singular de parte dos órgãos judiciais. A Corte se inclina para o reconhecimento de que há uma *comunidade aberta* de intérpretes da Constituição, tanto que não é insólito convocar *audiências públicas* e prestigiar a instituição do *amicus curiae* em casos polêmicos, dos quais a sociedade já se inteirou e pretende manifestar sua posição.

Se o STF se mantiver alerta e não deixar que as lides proliferem ante a falta de um consenso possível em relação a determinado tema, ele contribuirá para conferir eficiência e credibilidade à Justiça brasileira. A melhor sinalização de que o Brasil vivencia um constitucionalismo dinâmico e funcional quem pode oferecer é o próprio STF. O momento é bastante propício a tal desempenho.

Numa era em que o Executivo é a maior fonte normativa – não apenas as Medidas Provisórias, mas a prolixa edição de regras pelas agências reguladoras, pelo CADE, pelo Banco Central e todas as demais exteriorizações do governo – o Parlamento se retrai. Tanto que a maior parcela de atuação do Legislativo não é editar normas, senão exercer atribuições próprias ao Judiciário, sob a forma de CPIs. Para compensar as anomalias, o Judiciário na verdade *administra*, sob a forma de liminares, antecipações de tutela e a presença do STF no comando de quase todas as políticas contemporâneas[74]. O século XXI é o período em que a Justiça se propõe a enfrentar todos os desafios. Sem ativismo, porque ela continua servil ao princípio da inércia: só age quando provocada. Mas a provocação do Judiciário chega ao paroxismo, até mesmo perante a aparente perda de capacidade de diálogo que se instaurou numa sociedade que prefere o litígio à composição.

Não faz sentido que o STF, órgão de cúpula do Judiciário Brasileiro, continue a funcionar como *quarta instância*, num modelo que já se evidenciou completamente defasado. A tentativa de se reduzir a facilidade com que os processos são reexaminados – cerca de 52 possibilidades de reapreciação do mesmo tema durante o interminável curso de uma demanda na Justiça brasileira – encontra barreiras de toda ordem. Mas é preciso que a

sociedade toda ponha um “basta” a esse sistema cruel, que faz com que as lides perdurem durante décadas e que o STF, já baseado originalmente na Suprema Corte norte-americana, tenha a coragem de propor modificações que permitam a ela cumprir – de maneira adequada e oportuna – sua missão de *dizer o que é a Constituição*. Só isso bastaria para alavancar a Justiça brasileira e convertê-la num serviço público menos burocratizado e ineficiente do que se afigura hoje, o que é reconhecido por todos os que necessitam dos préstimos do Poder Judiciário.

1.8. O Conselho Nacional de Justiça

Talvez a mais proeminente originalidade da Emenda 45/2004 tenha sido a criação do CNJ, o Conselho Nacional de Justiça. Anunciado como o *controle externo* do Judiciário, foi alvo de resistência de parte da maioria da Magistratura. Nada obstante, o seu desenho privilegiou uma formação prioritariamente judicial, pois nove de seus quinze integrantes provêm da Magistratura[75].

Esse organismo passou a integrar o Poder Judiciário a partir de 2004 e nestes primeiros anos sua atuação produziu inúmeros frutos. Portou-se como o imprescindível *órgão de planejamento* da Justiça, verdadeiro arquipélago de tribunais muito ciosos de sua autonomia e quase sempre desatentos à urgência de estabelecer metas que ultrapassem o biênio de uma gestão.

Para Alexandre de Moraes, que além de cultor do direito constitucional integrou a primeira composição do CNJ, este não se trata de “*verdadeiro controle externo ao Poder Judiciário, nem tampouco de última instância controladora da magistratura nacional, uma vez que sempre haverá a possibilidade de impugnação das decisões tomadas pelo CNJ*”[76]. O destino da irresignação dos que se considerarem vulnerados por deliberações do CNJ será o Supremo Tribunal Federal, verdadeiro órgão máximo da Justiça brasileira[77].

Amplas e abrangentes as atribuições do CNJ, sintetizadas no controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes[78]. Quase nada resta excluído ao poder de apreciação do CNJ, considerada a multiplicidade e prolixidade da normativa que incide sobre a atuação administrativa e financeira do

Judiciário e sobre o exato cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. Quanto a este último tópico, a deontologia da magistratura tem início na Constituição, irradia-se pelos Códigos e leis esparsas, com ênfase na LOMAN, espraia-se no Código de Ética elaborado pelo próprio CNJ e na rede de deveres contida nos regimentos internos, normas correcionais e atos dos tribunais[79].

A instalação do CNJ e a expectativa de sua atuação motivaram milhares de insatisfeitos com as decisões judiciais a direcionarem suas queixas ao novo órgão controlador. O denuncismo nunca deixou de ser uma característica nacional. O risco seria concentrar todo o potencial transformador do CNJ na atribuição de conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Judiciário[80], em menoscabo de sua vocação de trama do porvir judicial[81].

Embora contrastado por alguns setores mais conservadores, o CNJ está a sinalizar ao Judiciário a irreversibilidade de um agente de superintendência sobre sua atividade, que não está imune à fiscalização. Os melhores frutos de sua existência encontram-se na potencialidade de uma transformação interna do Poder, que sempre se considerou acima e distanciado dos demais, para que, antes mesmo de qualquer provocação, sejam adotadas sistemáticas de contínuo aperfeiçoamento.

Queiram ou não os refratários, o CNJ veio para ficar e a forma adequada de seu relacionamento com os tribunais reside em não oferecerem estes motivos para o Colegiado exercitar seu poder corretivo. A mera existência de um suprapoder acionável por qualquer cidadão impõe uma vigilância autônoma a cada magistrado ou unidade judicial. O que é saudável na edificação de uma república vocacionada a se converter em pátria fraterna, justa e solidária, onde todos os servidores têm um compromisso de melhor servir à população e aos superiores interesses do bem comum.

Verdade que o noviciado está a custar algum estranhamento entre o CNJ e a Magistratura, entre o CNJ e o STF, entre o CNJ e o STJ. Mas esse custo logo será suplantado pelo aperfeiçoamento da Justiça proveniente do zelo do CNJ, a regular temas que até hoje foram confiados à discricionariedade de quase uma centena de tribunais e que mereceram trato nem sempre o mais condizente com as necessidades da Justiça. O saldo a favor do CNJ é evidente e só quem se viu afetado por sua atuação firme e destemida é que pode continuar a ofertar críticas à atuação de um órgão que foi criado

exatamente para aparar as deficiências do Poder Judiciário no Brasil. Cuidara a Justiça de se adequar aos tempos modernos e não haveria necessidade de um organismo indutor de fazê-la assumir a sua autonomia, mas também exercer com eficiência as suas responsabilidades.

1.9. O Superior Tribunal de Justiça

Criado para desafogar o STF em 1988, destinado a funcionar como *Corte de Cassação*, o STJ se transformou numa verdadeira *terceira instância* do Judiciário brasileiro. Para Alexandre de Moraes, se "*o STF é o guardião da Constituição, ...* o *STJ é o guardião do ordenamento jurídico federal*"[82].

Todos os Códigos são produzidos pela União, que engloba uma competência legislativa quase absoluta[83]. Pouco resta às demais entidades federadas e a tendência a se considerar toda iniciativa normativa *inconstitucional* converte a Federação brasileira em Estado praticamente unitário. Daí a relevância de uma corte encarregada de uniformizar a jurisprudência federal.

Provido de competência originária relevante – processar e julgar originariamente todas as hipóteses em que os direitos fundamentais das mais elevadas autoridades da República não sujeitas à jurisdição do STF – é na competência recursal que o STJ se destaca no cenário republicano.

Sob a forma de *recurso especial*, as mais relevantes questões nacionais chegam àquele Tribunal. Sobre essa competência, o notável Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira afirmou cuidar-se de:

> "modalidade de recurso extraordinário *lato sensu*, destinado, por previsão constitucional, a preservar a unidade e autoridade do direito federal, sob a inspiração de que nele o interesse público, refletido na correta interpretação da lei, deve prevalecer sobre os interesses das partes. Ao lado do seu objetivo de ensejar o reexame da causa, avulta sua finalidade precípua, que é a defesa do direito federal e a unificação da jurisprudência. Não se presta, entretanto, ao exame de matéria de fato, e nem representa terceira instância. Alguns veem suas origens no *writ of error* do direito norte-americano e outros a sua inserção na categoria dos recursos de cassação do direito europeu"[84].

Pese embora essa proclamação de princípios, na verdade o Recurso

Especial não raro – aliás com frequência – ingressa na apreciação da matéria de fato, é uma decisão de *terceira instância* e sinaliza à nacionalidade qual deva ser a leitura do direito por parte da comunidade jurídica. Tanto assim que a advocacia passou a considerar a primeira instância e os tribunais locais como *etapas de passagem* de suas demandas, que – inevitavelmente – chegarão aos Tribunais Superiores.

Para a comprovação dessa empírica análise, basta verificar o número de embargos de declaração que insistem no *prequestionamento*, a fim de viabilizar o acesso às *instâncias superiores*. Quais são elas? Justamente o STJ, como *terceira instância*, e o STF, como instância derradeira. O prequestionamento é a formalização do debate sobre os dispositivos da lei federal ou da Constituição que teriam sido desatendidos na apreciação da demanda pelos graus inferiores.

Como o Brasil é uma República em que não faltam leis e com o modelo de Constituição analítica, a cuidar de praticamente todos os assuntos, sejam eles matéria fundante ou não, fácil à parte indicar, desde a petição inicial, os preceitos que vão conferir uma longevidade quase intolerável às lides. Esse é um fator desconsiderado quando se pretende converter o Judiciário em serviço público ágil, célere e eficiente. Com quatro instâncias e a multiplicidade de recursos disponíveis, a prestação da justiça não pode ser outra que não a presente: lenta, complexa, hermética e imprevisível.

1.10. Os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais

A Justiça comum se divide em estadual e federal. Há cinco Tribunais Regionais Federais, cada qual competente para apreciar em grau de recurso ou originariamente as questões da respectiva Seção Judiciária Federal[85].

A Justiça Federal tem competência para processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública forem interessadas, na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes[86]. Excepcionam-se as falências, o acidente de trabalho e as causas sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho. Esta a principal atribuição da Justiça Federal, que registra notável ampliação quantitativa e qualitativa, desde a proposta de Emenda Constitucional promovida em 1992, quando ela seria drasticamente reduzida.

Mercê de número mais reduzido de magistrados, em relação à Justiça comum estadual, da saliente predominância dos temas federais, num Estado tendente a reduzir a Federação ao modelo unitário ou centralizado, avulta o protagonismo do braço federal do Judiciário denominado *comum*. Também parece mais fácil a um bloco enxuto e homogêneo imprimir à Justiça as diretrizes reclamadas pela nacionalidade rumo a um serviço público menos distanciado das tecnologias contemporâneas. Assim é que a experiência dos Juizados Especiais Virtuais parece um autêntico êxito para a Justiça Federal.

Já o funcionamento das Varas Federais nas regiões mais populosas é sempre questionável, pois elas chegam a acumular várias dezenas de milhares de feitos. Motivação suficiente para a crescente criação de novas unidades federais, até mesmo com a justificativa de que, implementadas, contribuirão para arrecadar recursos para a União, sempre às voltas com a inadimplência fiscal dos grandes contribuintes.

A coexistência de duas Justiças comuns é fonte permanente de conflitos de competência e mesmo de disputa de espaço de relevância republicana. Como a Justiça Federal de primeiro grau situa-se nos maiores centros, a Justiça Estadual é supridora dessa carência[87]. Circunstância que leva os juízes estaduais a se considerarem prejudicados, ante o cúmulo de competência, sem qualquer compensação imediata pelo *plus* jurisdicional[88].

O constituinte derivado de certa maneira estimulou a emulação, ao prever que, nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República poderá suscitar, perante o STJ, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal[89]. O preceito aureolou a Justiça Federal, considerando-a mais apta a assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos do que a Justiça Estadual. A subtração de competência, a par de vulnerar o princípio do *juiz natural*, tão arraigado na cultura judicial, é sempre medida que evidencia certo menosprezo. Golpe que a Justiça Estadual registrou, embora de forma bastante débil[90].

1.11. Tribunais e Juízes do Trabalho

A Justiça do trabalho ou laboral foi prevista na Constituição de 1934 e foi instalada em 1942, como braço do Poder Executivo, com vinculação ao

Ministério do Trabalho. Somente com a Constituição Democrática de 1946 foi convertida em organismo do Poder Judiciário. Dispõe hoje do TST – Tribunal Superior do Trabalho[91], de Tribunais Regionais do Trabalho[92]e de Varas Trabalhistas, cuja jurisdição será exercida por juiz singular[93].

Ela existe para processar e julgar, dentre outras, as ações oriundas da relação de trabalho, as que envolvam exercício do direito de greve, representação sindical e outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho[94].

É considerada a Justiça *mais próxima ao povo*, pois o trabalho é uma característica potencialmente considerada comum a todos. As pessoas podem nunca se envolver num crime, ou não ter problemas familiares ou patrimoniais. Mas na incerteza gerada pela globalização certamente enfrentarão questões laborais.

A Justiça do Trabalho sempre incentivou a alternativa da conciliação e não foi servil ao fetiche do processo, o que a torna menos formal e mais eficiente. Mesmo quando as práticas alternativas à decisão ainda não constituíam uma pregação urgente, diante do procedimentalismo tanta vez estéril da justiça comum, seus fautores desenvolviam a composição entre as partes. Frui de imenso prestígio junto à classe trabalhadora e sua competência foi dilatada com a Emenda 45/2004. É considerada benéfica a extinção do juiz *classista*, que eram os representantes temporários dos empregados e dos trabalhadores, levada a efeito pela Emenda Constitucional 24/1999.

1.12. Tribunais e Juízes Eleitorais

No Brasil, o processo eleitoral é subordinado à Justiça própria, especializada em Direito Eleitoral. Algo muito além de decidir conflitos originados de controvérsias relativas ao ato ou efeito de eleger. A eleição é a forma democrática de escolher os representantes do povo para o exercício do poder. Na República Federativa do Brasil, a Justiça Eleitoral é respeitada e considerada *a Justiça que funciona*. Isso porque as questões nela debatidas são urgentes, não podem se submeter ao ritmo da justiça convencional. Em razão de peculiaridade tal, as decisões também são menos formais, com predomínio da oralidade, princípio praticamente negligenciado na maior parte das demandas judiciais.

Não são todos os Estados os que mantêm essa instituição. O Brasil tem até mesmo exportado o seu modelo, hoje mais eficiente do que o adotado em países do chamado *Primeiro Mundo*. A opção pela tecnologia mais avançada no universo das TICs – Tecnologias de Informação e Comunicação – colocou o Brasil na vanguarda e objeto de compreensível interesse por parte daqueles países onde as eleições se fazem no modelo tradicional. Os pleitos com a original *máquina de votar* computadorizada permitem o exercício do sufrágio por mais de cem milhões de cidadãos em poucas horas. Acenava-se com a dificuldade dos iletrados, dos rústicos – e a pobreza no Brasil sinaliza que eles seriam a maioria da população – mas o povo mostrou-se muito mais preparado do que se podia pensar[95]. Os resultados são apontados em poucas horas após encerramento do período de votação. Por isso é que a recente aprovação de norma que obriga a impressão em papel do voto eletrônico se afigura como lamentável retrocesso.

A Justiça Eleitoral se compõe de Tribunal Superior Eleitoral – TSE, de Tribunais Regionais Eleitorais, de Juízes Eleitorais e de Juntas Eleitorais[96]. Estas representam hoje o mais típico exemplo de *participação popular na administração da Justiça*, ao lado do Tribunal do Júri.

A depender do desempenho e do talento pessoal do Presidente do TSE, a Justiça Eleitoral amplia o seu papel na disciplina das eleições, na disseminação de ideais éticos, tão em falta no comportamento de considerável parcela dos detentores de cargos públicos. Favorece o treino democrático e atua no sentido de implementar a Democracia Participativa, no modelo novo que o constituinte originário de 1988 tanto enfatizou.

Prevista para ser *instância definitiva*, a jurisdição do TRE é superiormente valorizada em relação aos julgamentos proferidos pelos Tribunais de Justiça e pelos demais tribunais locais. Pois de suas decisões somente caberá recurso quando proferidas contra disposição expressa da Constituição ou de lei, ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais TREs, versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais, anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais ou denegarem *habeas corpus*, mandados de segurança, *habeas data* ou mandado de injunção[97].

O ideal utópico seria que a celeridade da Justiça Eleitoral, a valorização de seus julgados e a observância fiel ao princípio da oralidade

contaminassem a justiça comum, para que ela se aproximasse um pouco mais das expectativas da sociedade a cujo serviço se preordena.

1.13. Tribunais e Juízes Militares

Integram a Justiça Militar o Superior Tribunal Militar – STM – e os Tribunais e Juízes Militares[98].

A Justiça castrense tem por competência processar e julgar os crimes militares definidos em lei[99].

Justifica-se a existência dessa justiça especial em virtude das peculiaridades da milícia, subordinada a regras especialíssimas, das quais a hierarquia é o norte e a disciplina, a baliza.

A experiência evidencia que o julgamento dos militares pela sua justiça, longe de refletir temível corporativismo, prima por rigor e severidade paradoxais. Rigorismo que talvez fosse temperado na justiça comum, onde não imperam os mesmos princípios incidentes sobre a milícia, ou, se existentes, podem ser relativizados pela imprevisibilidade no funcionamento de convívio sem hierarquia e de disciplina mais do que discutível.

1.14. Tribunais e Juízes dos Estados

A Federação Brasileira é integrada pela União, pelos Estados-membros, pelo Distrito Federal e pelos Municípios[100]. A rigor, uma Federação implicaria existência de autonomia para que não só a União e os Estados tivessem sua Justiça. Também os Municípios deveriam contar com um Poder Judiciário autônomo.

Não é o que ocorre. Aos Estados incumbe organizar sua Justiça, com observância dos princípios estabelecidos na Constituição[101]. Uma Constituição eminentemente principiológica impõe diretrizes férreas às unidades da Federação. A *simetria* entre a Carta Republicana e as Constituições Estaduais não deixa margem a qualquer criatividade na formatação da Justiça local. Ademais, embora a doutrina propale e sustente o princípio da *presunção de constitucionalidade*, a prática demonstra exatamente o inverso. Tudo se presume inconstitucional e quase nada resta

de autonomia à unidade federada para desenhar um Judiciário mais eficiente.

A doutrina também não colabora de maneira eficaz para oferecer argumentos que pudessem remover tais óbices. Um exemplo é a falta de definição clara entre *processo* e *procedimento*, que veda o exercício, pelo Estado, da competência legislativa concorrente sobre procedimentos em matéria processual[102]. Os processualistas não ofereceram a chave para prover cada unidade da Federação de sistema compatível com o seu avanço tecnológico, além de considerar sua população, economia, cultura e outras peculiaridades. É também uma das explicações possíveis para o anacronismo das praxes judiciárias, cadeias que mantêm a Justiça aprisionada a uma invencível ineficiência e condenada a inevitável desprestígio junto à sociedade.

A Justiça Estadual é a de competência mais ampla. Além de atender às pretensões do comum da população, é ilimitada na potencialidade de apreciar conflitos. Tudo o que não se insere na competência estritamente reservada à Justiça comum Federal ou às Justiças especiais recai na latitude de sua competência residual. Está presente em toda a Federação, há Tribunais de Justiça em todos os Estados-membros e os municípios – entidade federativa –, quando não sediam uma unidade judicial própria, integram sempre uma comarca da Justiça comum estadual. Mesmo assim, não mereceu singular tratamento na ordem fundante.

Pouco resta aos Estados senão criar a Justiça Militar estadual, competente para processar e julgar os militares nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares[103].

As inovações propostas pelo constituinte derivado, autor da Reforma do Judiciário contida na Emenda Constitucional 45/2004, esbarram na inércia e na falta de vontade política. A necessária descentralização do único Tribunal hoje existente no âmbito do Estado-membro – o Tribunal de Justiça – ainda não saiu da proposta virtual do reformador[104]. Da mesma forma, a Justiça itinerante se limita a tímidas iniciativas, sem ter merecido ampla adesão e reconhecimento da importância de se levar a Justiça ao povo[105]. De igual maneira, as questões agrárias não mereceram a atenção devida, embora constituam preocupação do constituinte originário desde 1988[106].

Sem a provocação do CNJ, os Estados-membros não conseguirão

interpretar a vontade do constituinte que, a final, é a vontade do povo, único titular da soberania em Estado Democrático de Direito como pretende ser o Brasil. Não contribui para incrementar o dinamismo democrático no âmbito dos Tribunais de Justiça a leitura estrita dos preceitos da LOMAN, sobretudo ao inibir que os magistrados mais afeiçoados à administração disputem os cargos de comando nessas cortes. Enquanto prevalecer a *unção* do mais antigo, a Justiça dos Estados dependerá de fatores imprevisíveis para se ajustar à contemporaneidade. Aparentemente, contra a vontade expressa do constituinte derivado, que quis implementar uma democratização interna, ainda que homeopática, na função mais infensa a se servir dos princípios inspiradores da República Federativa do Brasil.

2. Visão crítica

2.1. O Judiciário brasileiro na História da República

O Poder Judiciário é o que tem por missão aplicar contenciosamente a lei a casos particulares[107]. Assim o clássico Pedro Lessa iniciava sua legendária obra sobre o terceiro dos Poderes da República. E continuava: A três se reduzem os principais caracteres distintivos do Poder Judiciário: 1º – as suas funções são as de um árbitro; para que possa desempenhá-las, imporá que surja um pleito, uma contenda; 2º – só se pronuncia acerca de casos particulares, e não em abstrato sobre normas ou preceitos jurídicos, e ainda menos sobre princípios; 3º – não tem iniciativa, agindo quando provocado[108].

Desde a 1ª República, o Brasil observou a tradição da separação de poderes. Para que nenhum deles prepondere, a potência única da soberania se divide em três funções. Distingue-se o Judiciário dos outros dois poderes constitucionais pela *natureza* da função – *ratione muneris* – e não pela natureza da matéria – *ratione materiae*. Não há assunto que, por sua natureza, seja de ordem legislativa, ou de ordem administrativa, ou judiciária.

Assim é que, diante de determinada matéria, pode-se exercitar o raciocínio que segue: Trata-se de regulá-la por uma lei? É legislativa. Faz-se necessário executar a lei ou proceder de acordo com a lei? É executiva

ou administrativa. Deu origem a contendas? É judicial.

O modelo republicano de Judiciário no Brasil teve nítida influência da grande nação ianque. Os *Pais da República*, Rui Barbosa principalmente, inspiraram-se nos Estados Unidos para formatar a Justiça. Ali, o Poder Judiciário era superior aos outros dois poderes. "O mais poderoso dos freios no garantir as relações regulares entre o poder federal e os poderes dos Estados, e ainda entre os próprios ramos do poder federal, tem sido inquestionavelmente a Corte Suprema. No mecanismo da república o seu papel tem sido o de roda mestra. A Constituição, no exercício da sua supremacia a respeito de todos esses poderes, a todos lhes pôs limites, e o instrumento para efetuar essa limitação tem sido a Corte Suprema, como intérprete do direito constitucional"[109].

Na verdade, o Judiciário norte-americano é um suprapoder. Ninguém ainda enunciara com tanta exatidão o conceito norte-americano acerca das atribuições e da preeminência do Poder Judiciário, como *STORY*, ao se valer de uma expressão de *BURKE*, e afirmar que o Estado deve organizar a sua magistratura, como se esta fosse uma instituição criada e existente *fora do mesmo Estado*.

Vale mencionar a expressão original: "It ought to make its judicature, as it were something exterior to the state"[110]. Em fidelidade à inspiração, o Judiciário brasileiro se manteve como poder *superior* aos demais, como *centro de convergência* de todas as grandes questões nacionais? Ou teria sido sempre essa a atuação da Justiça brasileira, no decorrer da história da República?

Para responder, o foco de análise pode ser a competência do Supremo Tribunal Federal para exercer o controle de constitucionalidade. Com o Decreto 848, de 11.10.1890, o Governo Provisório instituiu a Justiça Federal e o STF e disciplinou as matérias de sua competência. O ato normativo foi redigido por Campos Salles, Ministro da Justiça, que assinalou na *Exposição de Motivos:* "A magistratura que agora se instala no país, graças ao Regime Republicano, não é um instrumento cego ou mero intérprete dos atos do Poder Legislativo. Antes de aplicar a lei, cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção se ela parecer conforme ou contrária à lei orgânica..."[111].

O propósito dos primeiros próceres da República ficou bem definido: "Aí está a profunda diversidade de índole, que existe entre o Poder Judiciário no

regime decaído e aquele que agora se inaugura calcado sobre os moldes democráticos do sistema federal. De Poder Subordinado, qual era, transformar-se em Poder Soberano, apto na elevada esfera de sua atividade para interpor a benéfica influência de seu critério decisivo, a fim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros Poderes, assegurando, ao mesmo tempo, o livre exercício dos direitos do cidadão”[112].

A releitura desse ato criador reflete a atualidade dos intuitos dos Pais da República: “Ao influxo da sua real soberania se desfazem os erros legislativos, e são entregues à severidade da lei os crimes dos depositários do Poder Executivo”[113].

A Constituição de 1891 optou pela dualidade da Justiça: estabeleceu-a Estadual e Federal[114]. Suas características básicas eram o STF como órgão de segunda e última instância da justiça federal, esta como algo novo no sistema de prestação do justo concreto. A justiça estadual herdava os Tribunais de Relação e os juízes provinciais.

O STF exercia uma função tripé:

1. instância única de julgamento de altas autoridades do governo federal, de conflitos entre componentes da federação e conflitos de jurisdição entre os diversos órgãos judiciais;
2. instância de recursos da Justiça Federal;
3. instância de recurso das justiças estaduais em caso de negativa de aplicação de direito federal ou confirmação de atos e leis estaduais questionados perante a Constituição ou lei federal.

Preservou-se o perfil constitucional do Judiciário na República, concebido o STF como árbitro da federação, tribunal dos assuntos da União e guardião dos direitos e garantias individuais. Relevante mencionar que o STF, na 1ª Constituição Republicana, é órgão superior do Poder Judiciário mas não detém forma especial de controle da constitucionalidade, diversamente daquela conferida aos juízes de primeira instância

A Constituição de 1934 manteve a organização judiciária anterior e ainda criou a Justiça Militar e a Eleitoral. Exigiu *saber jurídico* para os Ministros do STF, agora chamado “Corte Suprema”. Mas, em relação ao STF, as mudanças vieram antes dela. Em 8.11.1931, o Decreto 19.656 do governo provisório de Getúlio Vargas reduziu de 15 para 11 o número de Ministros e, quinze dias mais tarde, outro decreto aposentou sumariamente 6 juízes,

dentre os quais notórios opositores das forças revolucionárias de 1930.

Surgiram novidades no controle de constitucionalidade. Manteve-se a forma difusa, mas foram introduzidas três inovações que seriam retomadas pela Constituição de 1946, após o intervalo do Estado Novo: 1. competência do Senado de suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário[115]. Criou-se a ação direta de inconstitucionalidade, de competência da Corte Suprema para julgar a compatibilidade de lei, mediante provocação do Procurador-Geral da República, que determinasse intervenção federal nos estados que não obedecessem a certos princípios constitucionais na decretação de suas leis e constituições. E instituiu-se um *quorum* qualificado para declaração de inconstitucionalidade: *só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juízes, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público*.

A Constituição de 1937 pode ser considerada como hiato constitucional. Sua origem é autoritária, o golpe de Estado de Vargas e sua inspiração nitidamente fascista. Nem sequer mencionou a existência de Três Poderes, extinguiu a Justiça Federal de primeiro grau e a Justiça Eleitoral. Instituiu-se o estado de emergência e subtraiu-se do Judiciário o conhecimento dos atos praticados com base nessa previsão.

A Constituição de 1946 manteve a decisão extintiva da Justiça Federal de 1º grau, criou a Justiça do Trabalho e o Tribunal Federal de Recursos e recriou a Justiça Eleitoral. A Justiça Militar foi confirmada. O STF, com acúmulo de serviço, já não é 2ª instância da Justiça Federal, atribuição do TFR. Reforça-se o seu papel de árbitro da federação nos conflitos políticos e de jurisdição e o papel de guardião da Constituição.

O Regime Militar pós-1964 é outro período de exceção no constitucionalismo brasileiro. É o que se verifica da mera leitura do preâmbulo do Ato Institucional n. 1: a revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Ao se manifestar este pela eleição popular ou pela revolução, assume a forma mais expressiva e mais radical de soberania. A revolução vitoriosa, como o Poder Constituinte, se legitima a si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas, sem que nisto seja limitada pela

normatividade anterior à sua vitória.

A Emenda 16, de 26.11.1965, trouxe o fim da exclusividade do modelo difuso-incidental e a origem do sistema híbrido. Previu a competência originária e privativa do STF de julgar a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.

Fórmula absorvida pela Constituição de 1967, que ampliou a ação direta, desvinculando-a dos fins de intervenção federal e admitiu a ação direta do Procurador-Geral da República em caso de exame abstrato da norma impugnada.

A Emenda Constitucional 1, de 17.10.1969, que alguns consideram uma nova Constituição, instituiu a chamada *avocatória*[116]. Dota o STF de competência originária para julgar as causas processadas perante quaisquer juízos ou tribunais, cuja avocação deferir, a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido.

Finalmente, a Constituição de 1988, ora em exame, ampliou as competências do Judiciário e, paradoxalmente, agravou sua crise. Tanto acreditou no Judiciário como solução de controvérsias, desentendimentos, conflitos e litígios, que fez proliferar as demandas em todos os juízos e instâncias. Em brevíssima síntese, o constituinte da *Carta Cidadã* enfatizou a competência do STF na concentração do controle abstrato, ampliou o elenco dos legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade, criou o mandado de injunção que poderia tornar o Judiciário um *legislador suplementar* e previu a hipótese do uso da ADin também contra a *omissão* do Poder Público.

Sob o influxo da concepção judicial de Suprema Corte norte-americana, o STF brasileiro se destinaria a converter-se em verdadeiro *suprapoder*. O órgão competente para afirmar *o que vale ou não vale* no pacto assume essa vocação no estado de direito de índole democrática. O reforço do papel do STF está na trajetória do constitucionalismo brasileiro, como é fácil verificar num retrospecto do sistema de controle de constitucionalidade. No período 1891/1934, vigia o modelo difuso puro. Entre 1934/1937, introduz-se o Senado no controle e surge a representação de inconstitucionalidade

nos casos de intervenção federal. No lapso 1937/1946, vigora, apenas formalmente, o controle difuso puro e, de 1946 a 1965, assiste-se ao retorno das duas inovações de 1934. Na etapa de 1965 a 1969, ocorre a representação direta contra leis e atos normativos federais e estaduais. Introduz-se a avocatória entre 1969 e 1977 e, no ciclo 1977 a 1988, o STF deixa de comunicar ao Senado a declaração de inconstitucionalidade da lei em tese.

A amplitude do controle de constitucionalidade presente no ordenamento provém da explicitude de diversos preceitos da Carta. Ao STF compete, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal[117]. Além disso, é o STF competente para apreciar arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição[118]. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública[119].

Até mesmo a inconstitucionalidade por omissão será objeto de apreciação por parte do STF. Quando declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias[120].

Expressiva a dilatação da esfera de competência do STF, no desempenho do que se costuma chamar *atividade legislativa negativa*. Na lição de Luís Roberto Barroso, "se o controle incidental e difuso pode enquadrar-se na função típica do Judiciário, o fato é que o controle de constitucionalidade em via principal certamente refoge ao exercício típico da jurisdição. ... Não se cuida, como no normal da atuação do Judiciário, de solucionar um caso concreto, um conflito de interesses entre partes. Aqui, constatada a incompatibilidade da norma com a Lei Maior, a consequência é a paralisação de sua eficácia e eventual retirada do mundo jurídico"[121].

Como se verá adiante, a Emenda Constitucional 45, de 8.12.2004, a *Reforma do Judiciário*, enfatizou a relevância da função jurisdicional. Introduziu a Súmula Vinculante[122], ampliou, tanto o efeito vinculante[123]

como o rol dos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade[124], como criou o Conselho Nacional de Justiça[125].

O Poder Judiciário continua a ser o mais instigante dentre os poderes da República. Além de ser considerado o menos corrupto, é o detentor da derradeira esperança da cidadania descrente da atuação do Poder Público. A Constituição de 1988 reflete esse fenômeno. Ela *redescobriu* o Judiciário, escancarou a chamada *crise do Judiciário*, que recrudesce ante sua reconhecida lentidão e ineficiência.

Consolidou, todavia, a função institucional do Judiciário, cuja força política decorre da capacidade de preservar a Constituição ante os demais Poderes. Se, no nascedouro da República, todo juiz brasileiro era plenamente dotado dessa capacidade, nestes cento e vinte anos de experiência, tentou-se o hibridismo com tendência à concentração.

Um novo Supremo passou a exercer notável protagonismo.

De guardião dos direitos individuais contra atos do Poder Público, assumiu a condição de Poder Político interessado na consecução dos objetivos governamentais. Suas decisões oscilam entre a defesa jurídica da Constituição e os imperativos do governo. As primeiras reforçam a legitimidade de órgão de cúpula do Judiciário, pois baseadas na imparcialidade técnico-jurídica. As demais revelam a inafastabilidade do juízo político da função de quase Corte Constitucional.

Nesse quadro institucional, cabe indagar: qual o papel do Juiz brasileiro? Deverá ele ser aplicador da lei ou concretizador de justiça? Servo da jurisprudência ou agente de transformação? Técnico em direito ou árbitro da pacificação?

Ainda não há respostas. Nem mesmo o Judiciário sabe definir qual o perfil de magistrado que recruta ou de que necessita. O princípio do pluralismo jurídico, adotado pela Carta Política, parece contaminar também as instituições. Ninguém poderia se considerar detentor de um *projeto homogêneo* e exclusivo de Justiça. Daí a multiplicidade de propostas e ausência de consenso. Como será a Justiça do porvir?

É saudável, mas angustiante, tentar prever o futuro. Ninguém vive sem projeções relativas ao devir, embora essa angústia futura torne-se um sofrimento presente. Saudável refletir sobre a trajetória da Justiça no Brasil e no mundo, para formular projetos viáveis e essenciais a uma sociedade

sequiosa por uma prestação que atenda aos princípios incidentes sobre a Administração Pública. Notadamente aquele que reclama *eficiência* a qualquer atuação estatal.

Ao estudar a Justiça, convém recordar-se da advertência de um pensador contemporâneo, presente e atuante na discussão de todos os questionamentos que afligem o ser humano em início turbulento de novo século e novo milênio:

> "Precisamos operar com uma dialética temporal: pensar o futuro sem abandonar o presente. O futuro está doente. Mergulhamos em um nevoeiro histórico. Isso repercute sobre o presente. Somos seres de raízes e de mudanças, de comunidades e de universalização. Quando o futuro está doente, acaba ocorrendo um retorno ao passado... Nossa tarefa é construir um novo futuro, diferente daquele que faliu: um futuro da consciência e da vontade"[126].

A responsabilidade na construção desse futuro não é apenas dos integrantes do Poder Judiciário. É uma responsabilidade de toda a sociedade, a principal interessada em contar com uma *Justiça que funcione*.

2.2. O Judiciário e seu papel na sociedade contemporânea

O propósito destas reflexões não é comentar cada artigo do Capítulo do Poder Judiciário na Constituição de 1988. Para isso, o estudioso não necessita da intermediação de um especialista. Nem se cuida de uma análise pormenorizada de cada órgão do Poder Judiciário contemplado na Carta. Essa tarefa já foi superiormente exercida pelos autores de prestigiados *Comentários* e pelos constitucionalistas de reconhecido talento. Por todos, mencione-se o exemplar trabalho de Alexandre de Moraes, em seu *Direito Constitucional*, em que o Poder Judiciário foi estudado com maestria[127]. Em obra coordenada pelo notável jusfilósofo Ives Gandra da Silva Martins, pressupõe-se abordagem crítica, a partir da constatação de alguns pensadores sobre a desfuncionalidade do Direito e das Instituições encarregadas de aplicar a lei.

Na visão de Lenio Luiz Streck:

> “o direito brasileiro – e a dogmática jurídica que o instrumentaliza – está assentado em um paradigma liberal individualista que sustenta essa desfuncionalidade, que, paradoxalmente, vem a ser a sua própria funcionalidade! Ou seja, não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem – em face da emergência de um novo modo de produção de Direito representado pelo Estado Democrático de Direito – desse (velho/defasado) direito, produto de um modo liberal-individualista-normativista de produção de direito”[128].

Interessa ao cidadão familiarizado com a prática jurídica desvendar outros horizontes para o protagonismo exigido aos encarregados de realizar o justo concreto. Nessa direção, a experiência de quatro décadas de atividade jurídica, quase toda elas no exercício da jurisdição, poderá contribuir para outras sendas de cogitação.

Inicie-se por breve leitura do espaço pessoal sobre que incidirá a justiça. A sociedade contemporânea, à falta de melhor denominação, situa-se na pós-modernidade. Rótulo genérico, a acolher mistura de estilos, descrença no poder absoluto da razão, com o desprestígio do Estado em todas as suas configurações. Vivencia-se a era da velocidade, com a valorização da imagem acima do conteúdo. Era em que o efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial.

Nessa paisagem complexa e fragmentada é que o equipamento estatal denominado *Justiça* é chamado a intervir. Atua em cenário de incertezas e turbulências. No plano internacional, decai o conceito granítico de soberania. Formam-se grandes blocos políticos e econômicos em que essa ideia é relativizada. A nova formulação dos países do Velho Mundo sugere o advento de uma Constituição da União Europeia. É a globalização – ou *mundialização*, como preferia Mestre Miguel Reale – a criar as categorias dos *globalizantes* e dos *globalizados*.

Opera-se verdadeira desconstrução do Estado. Na perplexidade de não poder atender às demandas e cumprir sua promessa de a tudo prover, ele perde sua capacidade de agente do progresso e da justiça social. Somem-se a isso o colapso da experiência socialista e o reforço do capitalismo selvagem. Em tal cenário, o espaço privado invade o espaço público e o público dissocia-se do estatal. A desestatização vira dogma. O Estado passa a ser guardião do lucro e da competitividade.

Uma das consequências desse processo é a impressão de que se registra

verdadeiro desprestígio da lei. No Direito Público, fala-se em governabilidade, em governança e em soluções negociadas. Surgem expressões como desconstitucionalização, delegificação e desregulamentação, ao lado da desestatização e da privatização.

No Direito Privado, o Código Civil perde sua centralidade e é superado por múltiplos microssistemas: Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente e outros, enquanto, nas relações comerciais, revive-se a *lex mercatoria*. Natural o atropelo de alguns dogmas jurídicos, quais o da *segurança jurídica*.

O direito adquirido sofre o sobressalto da velocidade, do imediatismo e das interpretações pragmáticas. A fórmula abstrata da lei e a discrição judicial já não satisfazem a todas as exigências. O paradigma jurídico, que passara da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto. A melhor solução para cada situação real. É a tópica exercitada pelo intérprete.

Ao se analisar o discurso utilizado para justificar o Estado, fácil detectar ao menos três fases: à pré-modernidade correspondia o Estado liberal. À modernidade, o Estado social e à pós-modernidade, o Estado neoliberal. Há quem sustente que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter chegado a ser liberal, nem moderno. Em relação ao Judiciário, teria ingressado ao terceiro milênio atrasado e com pressa.

Outra vertente a ser explorada é o desprestígio contemporâneo da razão. Deve-se à cultura grega a invenção da razão como pensamento de princípios e regras de valor universal. A racionalidade constituiria um traço distintivo da condição humana, assim como a capacidade de acumular conhecimento e transmiti-lo pela linguagem. Sua consolidação como signo identificador do ser humano significaria a superação do mito, do preconceito, da aparência, da opinião sem fundamento.

A Justiça foi uma ideia xifópaga à de racionalidade. Idealmente, a razão é o caminho da justiça, o domínio da inteligência sobre os instintos, interesses e paixões.

Dois recentes abalos debilitaram a ideia de razão. Primeiro veio Marx: para sustentar o materialismo histórico, assentou ele que as crenças religiosas, filosóficas, políticas e morais dependiam da posição social do indivíduo. Isso equivale a dizer que a razão não é fruto de um exercício da liberdade. Ao inverso, razão é prisioneira da ideologia, conjunto de valores introjetados e imperceptíveis que condicionam o pensamento,

independentemente da vontade.

Em seguida, o golpe de Freud. Houve três momentos em que o homem foi atingido, pela ciência, na percepção de si mesmo e do mundo. O primeiro foi causado por Copérnico e a revelação de que a Terra não era centro do universo, mas minúsculo fragmento de um sistema cósmico. O segundo com Darwin, a desbancar o lugar privilegiado do homem no âmbito da criação e sua incontestável natureza animal. Por último, Sigmund Freud ao afirmar que o ser humano não é senhor absoluto sequer da própria vontade, mas é controlado pelo poder invisível do *inconsciente*.

A razão deixa de ser absoluta, mas divide o palco, em idêntico protagonismo, com a ideologia e com o inconsciente. Nem por isso a razão deixa de ser um conceito importante. Conserva dois conteúdos de especial valia para o espírito humano: primeiro, o ideal de conhecimento, ou seja, a busca de sentido para a realidade. Segundo, o potencial da transformação, que é o instrumento crítico para compreender a condição humana e a energia para interferir na realidade, alterando-a quando necessário.

A fragilização da racionalidade vai repercutir no questionamento de outros dois conceitos básicos e que integram o imaginário do conhecimento científico e constituem alicerce da atuação judicial: a *neutralidade* e a *objetividade*. Neutralidade pressupõe um operador jurídico isento das complexidades da subjetividade pessoal e das influências sociais. Ou seja: sem história, sem memória, sem desejos.

Objetividade, por sua vez, consistiria na existência de princípios, regras e conceitos de validade geral, independentemente do ponto de observação e da vontade do observador. Ocorre que o conhecimento não é foto estática, mas resultado de *interpretação*.

O Direito é hoje o fruto da interpretação. A matéria-prima do direito é a norma, palavra, significante e significado. A moderna dogmática jurídica superou a ideia de que as leis têm sentido unívoco. A objetividade possível do direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que a norma oferece.

Essa a realidade consagrada pelo constitucionalismo contemporâneo. Mostrou-se ele provido de uma validez e de uma consistência suscetível de tornar o Poder Judiciário o mais relevante da República. Pois o Judiciário é a última palavra para interpretar a Constituição. O Constitucionalismo, que esteve um tempo em descrédito, consagrou-se como a via adequada para

implementar a mais adequada democracia possível. A força da Constituição disputou com os Partidos Políticos, com as Forças Armadas e com a crença fundamentalista. Mas restou vitoriosa. E vitoriosa porque ofereceu ao imaginário das pessoas aquilo de que elas não podem prescindir: legitimidade, limitação do poder e valores.

A legitimidade está no constitucionalismo porque é a soberania popular a formadora da vontade nacional, por meio do poder constituinte. A limitação do poder se consegue mediante repartição de competências, processos adequados de tomada de decisão, respeito aos direitos individuais, inclusive das minorias. Por fim, os valores são obtidos por meio da incorporação à Constituição material das conquistas sociais, políticas e éticas acumuladas no patrimônio da humanidade.

Enquanto em teoria as questões merecem respostas solucionadoras, o que ocorre em relação ao mundo real?

O quadro pode causar desalento. A injustiça passeia impunemente pelas ruas. A violência social e institucional é o símbolo das grandes cidades. A desigualdade entre pessoas e países salta entre os continentes. A intolerância política, racial, tribal, religiosa povoa ambos os hemisférios.

Perante realidade tão melancólica, a crença na Constituição é um ato de fé. Assim como nas religiões semíticas – judaísmo, cristianismo e islamismo – tem seu marco zero, seus profetas e acena com o paraíso. O Éden constitucional seria a vida civilizada, a justiça e a felicidade.

O apreço ao constitucionalismo não é consenso. Muito ao contrário, a descrença parece constituir a regra. Para grande parte da população mundial, a descrença é a regra. A ideia de constituição é apontada como entrave ao funcionamento do mercado, como freio de competitividade dos agentes econômicos e como obstáculo à expansão da economia. Para essa parcela do pensamento pátrio, a Constituição não passa de um conceito meramente procedimental. Sua insuficiência e vulnerabilidade seria comprovável mediante constatação do número de emendas a que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi submetida[129].

Isso não impede que ela seja um pacto suficientemente provido de valores e de princípios hábeis a transformar o mundo. Não que o constitucionalismo seja panaceia, como se pensou quando da movimentação constituinte pré-1988. Não. O direito tem limites e possibilidades e não é o único instrumento de realização de políticas sociais. Guarda ele, todavia, um

arsenal imenso de possibilidades de protagonismo para um agente transformador.

A potencialidade transformadora da Constituição de 1988 ganha reforço ao se considerá-la uma *Carta dirigente*. O modelo assim denominado por Joaquim José Gomes Canotilho é o de um pacto que aponta uma direção ao intérprete e que dirige o implementador da Constituição no sentido da consecução desse projeto. Ainda que o jurista luso tenha posteriormente revisto sua posição, o paradigma continua a servir como critério para a comunidade de intérpretes.

Ao propor a edificação de uma pátria justa, fraterna e solidária, a Constituição de 1988 pode ser caracterizada como uma Carta dirigente. Evidencia as trajetórias adequadas para a consecução de uma sociedade qualificada pela justiça, fraternidade e solidariedade. Justamente por isso, reclama um protagonismo invulgar do operador do direito.

Outra característica essencial da Constituição de 1988 é ser um texto eminentemente *principiológico*. Abrigou uma profusão de princípios, o que abre uma perspectiva instigante para o Judiciário proativo. Os princípios sempre estiveram no ordenamento. Todavia, alguns foram enfatizados, outros tiveram sua dimensão ampliada e outros se submeteram a releitura.

Qual o papel do princípio?

Um princípio espelha a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins; dá unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas; serve de guia para o intérprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, do mais genérico ao mais específico.

É com essa realidade principiológica, prestigiada pelo constituinte, que o Judiciário trabalhará. Ninguém discute que "ao Poder Judiciário cabe prestar jurisdição, que é a atividade estatal destinada a fazer atuar o direito objetivo, promovendo a tutela dos interesses violados ou ameaçados"[130]. A partir da Constituição de 1988, houve mudança de paradigma no ordenamento que pode ter colhido de surpresa até mesmo os profissionais da área jurídica. Um texto principiológico é muito distinto do texto calcado em *normas-regra*, às quais se aplica a estratégia da antinomia: se uma vale, a regra contrária não pode valer. Em termos de princípios, outras as fórmulas hermenêuticas, dentre as quais a ponderação e a otimização. O ensino jurídico não preparou o profissional para esse exercício exegético. A

partir desse novo *design* da ordem fundante, caberia indagar:

O juiz sabe o seu papel na sociedade contemporânea?

De seu preparo é que dependerá a atuação da Magistratura no século XXI. O juiz pode ser um burocrata aplicador inflexível da letra da lei. Como também pode ser um agente transformador da realidade, mediante uma interpretação construtiva do texto constitucional. Depende dele reconhecer-se incapaz de remover injustiças e de banir preconceitos no caso concreto submetido à sua apreciação ou extrair dos princípios constitucionais, mediante leitura atenta e após consistente e fundamentado processo interpretativo, a solução mais justa aplicável à espécie.

A Constituição de 1988 assegura ao magistrado ser garante e avalista das promessas do constituinte ou persistir no modelo de boca passiva que pronuncia as palavras da lei, ser inanimado e submisso à rigidez da dicção normativa.

Tudo se vincula à sua consciência da relevância social, política e econômica da função judicial. Está condicionado à sua formação humanística, sua capacidade de exercer o contraditório mediante assunção de cada um dos papéis no processo. Sua ética e compromisso com o resgate de valores.

Se o juiz brasileiro quiser exercer protagonismo institucional – não necessariamente o combatido *ativismo judicial* – ele não estará impedido. Ao contrário, o sistema o estimula a tanto. Para isso, dispõe de uma Constituição que acreditou plenamente na relevância da Justiça para a solução dos conflitos humanos. Dispõe de um Código Civil em que as cláusulas gerais e o pilar da eticidade ampliaram, significativamente, os poderes do juiz. Encontrará uma cidadania ávida por receber da Justiça tudo o que ela pode fazer para amenizar as dores da iniquidade.

2.3. O Juiz e a democracia

Ao se contemplar o Poder Judiciário na Constituição de 1988, imperioso consignar que o constituinte reformulou também o paradigma da Democracia no Brasil. Do modelo representativo, em que todo o poder emanado do povo seria exercido por *representantes*, passou-se para o modelo *participativo*. A cidadania é conclamada a atuar e a assumir sua responsabilidade de gestão do interesse público.

O que é que o Poder Judiciário tem a ver com tudo isso?

A justiça passou a ser uma instância de singular visibilidade na vida contemporânea. Antoine Garapon, juiz e pensador francês, já observara: “O espaço simbólico da democracia emigra silenciosamente do Estado para a justiça. Em um sistema provedor, o Estado é todo-poderoso e pode tudo preencher, corrigir, tudo suprir. Por isso, diante de suas falhas, a esperança se volta para a justiça. É então nela, e portanto fora do Estado, que se busca a consagração da ação política”[131]. O fenômeno não é estranho ao Brasil. Após a Constituição de 1988, aquela que mais acreditou na solução judicial dos conflitos, multiplicaram-se as lides. O Judiciário padece de excesso de saúde. Os tribunais atulhados de processos significam a prova de que a comunidade ainda acredita no Judiciário. Os otimistas enxergam na proliferação das demandas um evidente sintoma democrático: processo é termômetro de participação popular na administração da justiça.

Malgrado as críticas direcionadas à lentidão inadmissível, o juiz continua a ser o terceiro imparcial a compensar o déficit democrático dos demais poderes. Na visão de Raynaud, o juiz é chamado a socorrer uma democracia na qual “um legislativo e um executivo enfraquecidos, obcecados por fracassos eleitorais contínuos, ocupados apenas com questões de curto prazo, reféns do receio e seduzidos pela mídia, esforçam-se em governar, no dia a dia, cidadãos diferentes e exigentes, preocupados com suas vidas particulares, mas esperando do político aquilo que ele não sabe dar: uma moral, um grande projeto”[132].

Está muito claro que todas as promessas feitas por um Estado-providência incapaz de atendê-las, enredado em crises contínuas de governabilidade, são cobradas do Judiciário. É certo concluir que a justiça se tornou um espaço de exigibilidade da democracia. É no Judiciário que a cidadania tem – ao menos potencialmente – capacidade de interpelação do governante.

A versão clássica do exercício democrático reserva ao cidadão a possibilidade de escolher seus representantes. Só que essa possibilidade é intermitente, distante, cada vez menos sedutora. Vencido o prazo de validade do entusiasmo democrático – a *cidadania de um dia* – o eleitor se esquece do destinatário de seu voto. Mas a Justiça não. Ela é contínua. Ela é permanente. Nela se ingressa individualmente, o acesso ao juiz é efetivo. O cidadão pode nunca ter contato direto com o titular do Executivo ou com o parlamentar. Mas com o juiz ele tem um encontro real. É o personagem de

carne e osso, apreciando sua postulação, ouvindo-o e dizendo o que o direito entende aplicável ao seu problema concreto.

A cena judicial é simbólica. Abstraída a lide interindividual, daquelas questões que envolvem apenas pessoas, o século XXI é pródigo em outra tipologia de demandas. Cada vez mais o cidadão é desenvolto para litigar contra o Estado, em suas inúmeras configurações. E o Judiciário é o único poder que tem condições de colocar o Estado em xeque. Em tese, o autor se encontra em pé de igualdade com o Estado-réu. Este, em juízo, não é o senhor onipotente, titular de soberania, inatingível e invulnerável. É alguém que poderá responder por seus atos ou por sua desídia. Daí o paradoxal prestígio de uma função estatal sufocada por milhões de demandas.

É cada vez maior, portanto, a responsabilidade do juiz.

Se ele já foi o mero aplicador da lei, a boca pronunciadora das palavras da lei, o enfraquecimento do produto do Parlamento o converte em porta-voz do direito. Na divisão tradicional das funções estatais, o elaborador das regras era o poder de maior relevância. Restava ao juiz cumprir a lei na controvérsia e atuar como sancionador dos costumes.

Hoje, a justiça já não é o braço armado do poder político. Ela continua a existir no mundo de valores em frangalhos. O crepúsculo axiológico vem a coincidir com a aurora da justiça. O justo já não coincide sempre com a lei. Em outras palavras, a lei não detém o monopólio do justo. A justiça é cada vez mais constitucional e revive como espaço de arbitragem permanente entre os interesses em conflito.

A sociedade democrática é uma arena de disputas. A dialética é a regra no convívio cidadão. Reconhecido a todos o direito de se posicionar, inevitável a emergência dos conflitos. “A sociedade democrática repousa sobre uma secreta renúncia à unidade, sobre uma surda legitimação do confronto entre seus membros, sobre um abandono tácito da esperança de unanimidade política”[133].

O juiz é chamado a atuar nesse dilaceramento interno da sociedade contemporânea com ânsias de se democratizar. Integra uma instituição plural e complexa. A decisão judicial é sujeita a inúmeras possibilidades de revisão. Nada mais distinto do que a decisão política, atribuível ao único titular da vontade competente.

Em que panorama atua o juiz contemporâneo? “Não é mais a ordem e sim a desordem que parece natural nessa nova cena. Compreende-se melhor,

então, por que o conflito pode aparecer como uma oportunidade de socialização. É nessa divisão assumida provisoriamente que a democracia encontra sua identidade"[134]. Examine-se a retórica dos direitos humanos. Nunca se discorreu tanto a respeito deles. Todavia, as reivindicações são tão heterogêneas que nem remotamente autorizam a ilusão de uma solução global.

A permanência da ideia democrática reside na perpétua busca de si mesma, alimentada pelo direito. Direito que não é senão aquilo que os juízes entendem que direito é. Por isso é que, a despeito da multiplicidade de instâncias, da sofisticação do equipamento judicial para um país com as carências do Brasil, a figura central para a permanente Reforma da Justiça deve ser o juiz.

2.4. O Juiz depois da Emenda 45/2004

Como instituição humana, a Justiça é perfectível e dinâmica. Sua reforma deve ser permanente, pois haverá sempre o que aperfeiçoar numa empresa sujeita às vicissitudes de que não escapa a condição das criaturas.

A *Reforma do Judiciário* resultante da Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004, não foi a esperada *profunda reforma estrutural* da Justiça. Resistências de toda ordem vedaram uma completa e integral reformulação. No entrevero do debate democrático, não foram menores as de caráter corporativista. Todavia, seu conteúdo sinalizou o desejo da Nação: a concretização de uma Justiça mais eficiente e efetiva.

Com esse objetivo, pretendeu-se conferir rumo novo à carreira do Juiz. Sob argumento de que a seleção por concurso público de provas e títulos privilegiava um *concurseiro*, e não alguém experiente, introduziu-se o requisito de três anos de prévia atividade jurídica[135].

Após isso, procurou-se estimular o crescimento intelectual do magistrado e também sua consciência ética. A fórmula foi consolidar a aferição do merecimento, para fins de promoção na carreira, conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de *produtividade e presteza* no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento[136].

O constituinte derivado, ao modificar a Justiça brasileira, conferiu ênfase na eficiência, que é princípio fundamental da Administração Pública, e cuja

introdução na Carta, dez anos depois de promulgada, parece haver focado exatamente o Poder Judiciário[137].

Outra preocupação evidente do reformador foi insistir na *celeridade* da prestação jurisdicional. Irrecusável que a lentidão é a única mácula consensualmente reconhecida em relação ao Judiciário. E isso, em quase todos os países do planeta. Não é problema exclusivamente brasileiro.

Com o intuito de tornar o serviço público *Justiça* mais rápido, previu-se atividade judicial ininterrupta, com vedação de férias coletivas, e juízes em plantão permanente, nos dias em que não houver expediente forense normal[138]. Também se ordenou a distribuição imediata de processos, para evitar o represamento derivado de uma praxe baseada em cotas semanais, fundada em média da produtividade do julgador[139].

Conclui-se que a vontade constituinte derivada quer um novo juiz: experiente, eficiente e rápido. O que requer nova metodologia de recrutamento de magistrados. Tema que também foi considerado na Emenda 45/2004. Em lugar da priorização do conhecimento técnico, mediante memorização de legislação, doutrina e jurisprudência, mero teste de capacidade mnemônica, não vocacional, implementou-se novo parâmetro.

A mensagem do constituinte é muito clara: um novo juiz deverá provir, desde que atendido o comando que prevê *cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção* de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados[140].

A vitaliciedade é uma das prerrogativas do juiz brasileiro, ao lado da inamovibilidade e da irredutibilidade de vencimentos[141]. Para o juiz concursado, ou de carreira, ela só advirá após dois anos de efetivo exercício[142]. Esse biênio é um *período de prova*. Durante esse lapso *de experiência*, o juiz deve demonstrar aptidão para o exercício do cargo. Mas não era o que frequentemente ocorria.

Obtinha-se a vitaliciedade pelo *mero decurso do prazo*. A aferição da capacidade do juiz se fazia por exame de suas decisões e mediante informações obtidas junto aos magistrados mais experientes, junto aos quais ele iniciara sua jurisdição. Método insuficiente para prover a Magistratura de um corpo integralmente apto, vocacionado e provido de ética

institucional imprescindível ao correto exercício da função.

A experiência demonstra que era muito dificultada a missão de expurgar a Magistratura do *juiz inapto*. Uma série de motivos contribuía para a assimilação desse profissional remunerado pelo Erário e que não se mostrara com perfil adequado ao desempenho jurisdicional. Atuava certo *esprit de corps* a invocar o *fait acomplis* do ingresso, a resistência do Tribunal a reconhecer a falibilidade do concurso, os grupos de pressão que soem, com frequência, influenciar os responsáveis pelo vitaliciamento com pleitos em favor daqueles que não deveriam ser aproveitados.

Salutar, portanto, se condicione a obtenção da vitaliciedade a um curso de avaliação das reais condições do neófito para exercer o múnus judicial. Após a vitaliciedade, só mediante sentença judicial com trânsito em julgado é que o juiz perderá o cargo. Sem isso, mesmo aquele cujo desempenho não se mostrou adequado, continuará a integrar os quadros da Magistratura e será remunerado pelo povo a quem deveria servir a contento.

Um curso prévio poderá cotejar outras condições para o exercício da jurisdição que o mero decurso do prazo bienal não é hábil a detectar. Assim, o talento para a conciliação, cada vez mais necessária. A habilidade para as relações interpessoais. O real comprometimento com a missão de realizar o justo e não só a concepção, mas a vivência da conduta ética irrepreensível reclamada a qualquer magistrado. Não se descuidará da técnica, mas se cuidará de aperfeiçoá-la. Impõe-se a ênfase no aprimoramento das relações humanas, o investimento na *moral profissional*, com o repensar contínuo da função de julgar e o estímulo à criatividade para aperfeiçoar a Justiça. Nele também caberá a disseminação das práticas exitosas, a partilha das preocupações comuns, a instituição de uma verdadeira *usina de ideias* para conferir ao Judiciário a eficiência e qualidade reclamadas por esta era.

Para promover uma verdadeira *doutrina pedagógica* em torno à preparação do juiz e sua educação continuada, o constituinte determinou a criação e funcionamento das *Escolas Nacionais de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados*[143]. Os pressupostos do constituinte, para a consolidação dessa consistente *educação judicial*, foram o de que a Universidade não tem por função, nem é seu dever, fornecer juiz *pronto e acabado* para a sociedade. É imprescindível a *preparação*, sempre *prévia* ao concurso, pois este é necessário, porém não suficiente, a prover o Judiciário de bons profissionais. A formação do juiz é um processo permanente, baseado no ideal pedagógico da educação continuada.

Se o Judiciário não sabe exatamente qual o perfil ideal de juiz para o Brasil, sabe-se, ao menos, o que não se quer: o juiz burocrata, o juiz insensível, o juiz prepotente, o juiz inacessível. Na verdade, o povo quer um juiz eficiente, um juiz humano, um juiz humilde e acessível. Atributos que a avaliação jurídica não detecta. Pois o conhecimento técnico é uma parcela, e não a mais importante, do verdadeiro julgador. Outras qualidades devem sopesar mais na seleção de seres humanos vocacionados a julgar seu semelhante. Dentre elas: consciência sensível, compaixão, humildade, criatividade, consequencialismo, ética e vontade de trabalhar.

Por isso é que a preparação deve ser considerada etapa obrigatória do processo de recrutamento. Durante o estágio de convivência que ela propicia, é possível detectar qualidades e falhas de caráter. Uma seleção exclusivamente baseada na técnica jurídica pode deixar talentos e vocações à margem da carreira. Preparação consistente, que não se restrinja à reiteração dos ensinamentos ministrados durante o bacharelado, mas estimule a criatividade. Viabilize um treino do juiz para intensificar a familiaridade com o ciberespaço e as TICs[144], se preocupe com a descoberta de novas estratégias para vencer a demanda e motive os *stakeholders* e os funcionários.

Em síntese, o juiz brasileiro, depois da Emenda 45/2004, precisa ser um solucionador de conflitos, não um institucionalizador de lides infindáveis. É imprescindível tenha condições de exercer em plenitude a sua capacidade de decidir. Seja um profissional com experiência, ciência, arte e habilidade para processar informações, coordenar pessoas e oferecer a melhor solução.

3. À guisa de conclusão

É preciso trabalhar com o que se tem, continuar na trincheira e perseverar na esperança. A sociedade não muda por saltos. Tudo a seu tempo, tudo a sua hora. A maturidade política trará as soluções no momento correto.

O caminho para aperfeiçoar a Justiça passa por uma reflexão global de parte de toda a nacionalidade.

Justiça não é assunto hermético, de interesse dos juízes, dos promotores, dos defensores, dos advogados, dos servidores desses organismos. Nem representa a instância à qual deverão estar atentos apenas réus e vítimas.

Justiça é assunto que interessa a todas as pessoas, independentemente de sua qualificação profissional.

Se o brasileiro ainda não descobriu, encontra-se prestes a descobrir que todo e qualquer assunto chega ao Judiciário. Conhecer a Justiça e tentar aperfeiçoá-la não é missão exclusiva do iniciado. É compromisso do democrata e questão de sobrevivência da própria cidadania.

É a sociedade toda – ninguém dela excluído – a legitimada a fornecer os parâmetros do que deva ser a justiça humana. Um bom início para todas as pessoas de boa vontade seria cada qual assumir o seu protagonismo de intérprete legitimado da ordem constitucional considerada *sistema aberto de regras e de princípios*.

Não é impossível implementar a moderna concepção de que "todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação constitucional"[145].

Falta muito ao Brasil para que o povo todo venha a se abeberar da riqueza do significado de uma ordem constitucional democrática. Ainda é incipiente a pregação em torno ao *apreço à Constituição*, que *precisa valer* e cuja eficácia depende dessa comunidade aberta de intérpretes.

Afinal, "o novo século se inicia fundado na percepção de que o direito é um sistema aberto de valores. A Constituição, por sua vez, é um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-los, a despeito de se reconhecer nos valores uma dimensão suprapositiva. A ideia de abertura se comunica com a Constituição e traduz sua permeabilidade a elementos externos e a renúncia à pretensão de disciplinar, por meio de regras específicas, o infinito conjunto de possibilidades apresentadas pelo mundo real"[146].

As deficiências que muitos apontam no texto da Carta Política de 1988 não se mostram suficientes a reduzir a densidade axiológica por ela conferida ao Poder Judiciário. Reitere-se: foi a Constituição que mais acreditou na Justiça. Incumbe à comunidade jurídica a missão de torná-la destinatária do respeito e da afeição de toda a nacionalidade.

Cumpre enfatizar que a Constituição não é documento exclusivamente jurídico. O respeito e acatamento a seus preceitos depende de fatores

extrajurídicos e de natureza psicológica. Por isso importa observar que "o acatamento à Constituição, para assegurar sua permanência, não se resolve exclusivamente no mundo das normas jurídicas, que modela e conduz à supremacia da Constituição. O acatamento à Constituição ultrapassa a imperatividade jurídica de seu comando supremo. Decorre, também, da adesão à Constituição, que se espraia na alma coletiva da Nação, gerando formas difusas de obediência constitucional. É o domínio do sentimento constitucional"[147].

Desenvolver, intensificar e disseminar o *sentimento constitucional* impõe-se com prioridade aos magistrados. Estes possuem na Constituição a inteireza dos ingredientes hábeis à realização do melhor justo humano possível. A cada juiz brasileiro se conferiu o imenso poder de aferir a compatibilidade de todo texto normativo com a ordem fundante.

O primeiro exercício judicial na apreciação do caso concreto deve ser a aferição da compatibilidade da norma com a ordem fundante. Qualquer ato normativo tido por aplicável à hipótese submetida a juízo deve ser cotejado com a letra e o espírito da Constituição. Muitas injustiças deixariam de ser praticadas se essa fosse a fórmula corrente de fazer incidir a vontade concreta da normatividade à hipótese submetida à análise do juiz.

O mesmo texto pode suscitar várias leituras. Por isso é que o futuro juiz deve ser formado, treinado e reciclado com habilidade crescente para se desincumbir da hermenêutica constitucional adequada. Ao se devotar à solução dos conflitos, o juiz brasileiro poderá favorecer o florescimento daquela espécie de adesão espontânea à Constituição, definida como sentimento constitucional. Assim entendida a "adesão interna às normas e instituições fundamentais de um país, experimentada com intensidade mais ou menos consciente, porque estima-se (sem que seja necessário um conhecimento mais exato de suas peculiaridades e funcionamento) que são boas e convenientes para a integração, manutenção e desenvolvimento de uma justa convivência"[148].

Não é mera coincidência invocar-se o *sentimento constitucional* para o operador encarregado de proferir *sentença*. Ambas as expressões provêm da mesma origem etimológica. A decisão judicial é um ato de *sentimento jurídico*, muito mais do que mera subsunção técnica.

No momento em que o juiz brasileiro se compenetrar de que a Constituição o elegeu como o mais sensível dentre todos os exercentes de

função estatal, o operador jurídico provido de maior responsabilidade, o detentor da capacidade de *dizer a última palavra* e de *recompor a ordem vulnerada*, nesse momento ele também assimilará o significado de *sentimento constitucional*.

Vale a pena insistir no conceito de *sentimento constitucional*. Expressão capaz de consubstanciar "um dos fenômenos psicossociais e sociológicos do existencialismo político mais difíceis de se captar. Este pode ser descrito como aquela consciência da comunidade que, transcendendo a todos os antagonismos e tensões político-partidárias, econômico-sociais, religiosas ou de qualquer outro tipo, promove a integração entre os detentores e os destinatários do poder no marco de uma ordem comunitária obrigatória, submetendo o processo político aos interesses da comunidade"[149].

É por esse motivo que insisto em proclamar a urgência da mais eficaz dentre as alavancas de transformação do Poder Judiciário no Brasil. É a reformulação do sistema de recrutamento de novos quadros.

O Brasil possui um sistema de seleção de magistrados que procura conciliar o mérito – conhecimento jurídico – com os imperativos democráticos: livre acesso de todos a um certame público de provas e de títulos. Só que o molde veio a ser superado. De há muito mostra-se incapaz de suscitar vocações e de prover o Judiciário de seres humanos providos de todos os atributos essenciais a um desempenho ótimo.

Um concurso baseado na seleção por merecimento não pode se resumir à escolha dos mais capazes de memorização. Os certames públicos selecionam os dotados de qualificação calcada na aptidão mnemônica. Nem sempre os que decoram os textos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais são os mais aptos à resolução de problemas cada vez mais complexos.

Desde 1988 o constituinte insiste no *Curso de Preparação*, pois não é missão da Universidade oferecer ao Poder Judiciário juízes prontos e acabados. Incumbe à própria Justiça preparar os seus integrantes. E *preparar* significa *fabricar*, *habilitar*, *industriar*, *formar*, *planejar de antemão*. Etimologicamente, o prefixo *pré* tem a noção de anterioridade, antecipação, adiantamento.

Não está preparado o jovem recrutado por concurso que não foi antecedido por um *Curso de Preparação*. Foi por isso que o constituinte reformador, na Emenda Constitucional 45/2004, reiterou o comando com

ênfase. Esta ocorreu com a criação da ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, tanto no âmbito da Justiça comum – Federal e Estadual – como na esfera da Justiça laboral.

A missão primeira da ENFAM é *regulamentar os cursos oficiais para ingresso e promoção na carreira*[150]. A ENFAM se encarrega da *formação*, um processo abrangente da *preparação* e da *educação continuada*, com reciclagem e *aperfeiçoamento* de juízes. Adotou o constituinte a experiência alienígena que comprovou o êxito das Escolas da Magistratura como *incubadoras de vocações* e reconheceu a valia da verdadeira cruzada desenvolvida pelo magistrado e educador Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira[151].

O Brasil já dispõe de um exemplo de reconhecida excelência que é o Instituto Rio Branco, também chamado *Itamaraty*, que recruta a elite dos servidores públicos: a carreira da diplomacia. Esta é também a solução em Portugal, França, Espanha, Itália, alguns Estados da América do Norte e Japão[152].

Em atenção ao imperativo constitucional, a ENFAM editou Resoluções para implementar o novo sistema, com um Curso de Preparação como parte integrante do Concurso de Ingresso. Estados como Santa Catarina já se ajustaram ao novo perfil de seleção. Outros, a pretexto de falta de recursos e sob argumento de que estaria ferida a *autonomia federal*, resistem a cumprir as novas regras.

O CNJ, cônscio de suas responsabilidades, editou a Resolução n. 75/2009 e incluiu mutação de relevo no sistema de seleção de magistrados de carreira. Todo o Brasil precisa se adequar a esse regramento, que contempla uma formação *holística*, não exclusivamente técnico-jurídica. O juiz é um profissional que precisa ser mais *humano* do que *erudito*. Especialista em direito ele se tornará. Queira ou não. O trato diuturno com questões de direito o converterá num experto. Mas, se não tiver ética, vocação, sensibilidade, vontade de fazer justiça, *humanismo, enfim*, ele nunca será um juiz no qual valha a pena haver o Estado investido[153].

Compreende-se que toda mudança é traumática e que a inércia é a lei suprema na atuação estatal. De qualquer forma, a tendência universal é de predominante inclinação para prestigiar a alternativa mais consistente: a obrigação indeclinável de oferecer à nacionalidade magistrados efetivamente *preparados*, após um regular *curso de preparação*, como

etapa prévia ao provimento no cargo.

O descortino e lucidez daqueles que podem conferir rumos novos à Justiça brasileira detectará na reformulação do sistema de concurso uma das alavancas mais importantes na renovação do Judiciário. Sem isso, haverá a reiteração de sucessivas práticas de triagem da mesma cultura inercial, da inflexibilidade do pensamento hermético e distanciado dos reais anseios de uma nacionalidade sob intensa metamorfose.

Colabora para atenuar as perspectivas da eternização da mesmeidade no universo do Judiciário a assunção de novo protagonismo por parte do Supremo Tribunal Federal.

Incumbe à Corte Máxima o fortalecimento do sentimento constitucional, a reafirmação da força normativa da Constituição. Incumbe aos mais qualificados partícipes da vida constitucional realizar o conteúdo da Constituição.

A partir da *vontade constituinte* de transformar a Justiça brasileira numa prestação estatal célere, efetiva, eficaz e eficiente, o hermeneuta encontrará fórmulas de concretização desse objetivo. Embora o *clamor comunitário* não represente critério orientador das decisões judiciais, o Supremo Tribunal Federal mostra-se afinado com as expectativas da nacionalidade, traduzidas num texto cuja densidade semântica ninguém pode ignorar.

O sistema normativo da Carta Política de 1988 é aberto, ou seja, os dispositivos que o integram ostentam "disponibilidade e capacidade de aprendizagem para captarem a mudança da realidade, estando abertas às concepções cambiantes de 'verdade' e 'justiça'"[154]. Ora, a interpretação constitucional constitui, na essência, um processo de concretização. O Direito Constitucional se transformar graças à relevância das jurisdições constitucionais. O fenômeno detectável na realidade europeia permite registrar a concepção norte-americana de *living constitution*: a atualização permanente da Carta Política, por força da atuação jurisprudencial.

A hermenêutica do texto magno é a mais importante deste início de século e como a Carta Política de 1988 é analítica, abrangente e sofre contínuas emendas de acréscimo, pode-se afirmar que o Direito Constitucional se transfigura em direito jurisprudencial[155].

Para o mais profícuo desempenho dessa missão de *concretizar* a vontade do constituinte originário, o julgador brasileiro – notadamente o Juiz da Corte Suprema – detém verdadeiro *Poder Constituinte Difuso*. Expressão

cunhada por Georges Burdeau, para quem o Poder Constituinte nunca acaba: “Existe um exercício cotidiano do Poder Constituinte, que apesar de não ser gravado pelos mecanismos constitucionais nem pelos sismógrafos das revoluções, não é menos real”[156]. O labor diuturno da magistratura brasileira torna a Carta Política de 1988 um documento vivo, plasmável de acordo com as vicissitudes históricas, políticas, econômicas e sociais da Nação Brasileira. Todavia, o poder atribuído à Suprema Corte é decisivo para fazer do pacto um documento que precisa valer.

Uma Constituição “é obra que nasce para ser efetivamente aplicada, sobretudo naquilo que tem de essencial, e o essencial, por vezes incompleto, exigindo atuação ulterior capaz de defini-lo, precisá-lo, resolver-lhe obscuridades, dar-lhe continuidade e aplicação, sem vulnerar a obra constitucional escrita”[157].

O Supremo Tribunal Federal exerce continuamente a sua missão de implementar as mutações constitucionais mediante o processo de interpretação. A exegese, a densificação e a concretização das normas é o papel que o constituinte conferiu à mais elevada instância do Judiciário brasileiro.

Conjuguem-se os requisitos da interpretação constitucional e os princípios a ela aplicáveis e ver-se-á que a Suprema Corte dispõe das condições ideais para redesenhar o Poder Judiciário no Brasil.

Hão de ser mencionados os princípios da força normativa da Constituição e o da máxima efetividade. A Carta não dispõe de preceitos de *mera exortação*. Assim, quando quer Curso de Preparação para juízes, ela não está a recomendar aos Tribunais a criação dessas espécies de ensino. Impõe a eles instituir a preparação e adequar-se ao novo sistema.

Também quando garante às pessoas a *duração razoável* do processo, exige do Judiciário se ajuste ao novo comando. A responsabilidade por essa nova exegese já foi apreendida e assimilada pelo Supremo Tribunal Federal, tantos os desafios postos à sua apreciação pelas mais recentes questões ali apreciadas. A verdadeira *interpretação de legitimação* propicia ao aplicador da norma atentar para as súbitas modificações do meio social. O fenômeno irrecusável é o de que “a questão hermenêutica deixa de ser um problema de correta subsunção do fato à norma – com sua carga lógica, histórica, sistemática, teleológica e valorativa – para tornar-se um problema de confirmação política dos fatos, isto é, de sua transformação conforme um

projeto ideológico”[158].

Por isso é que o Poder Judiciário se fortalece, jurisprudencializa-se a Constituição e reduz-se a distinção entre o sistema romano-germânico e o da *Common Law*.

O adequado exercício de sua missão de *guarda precípua* da Constituição impõe aos integrantes do Supremo Tribunal Federal a responsabilidade de *concretizar* a vontade constituinte. Em relação ao Poder Judiciário, o constituinte originário e o derivado já explicitaram o seu desejo: o de um Judiciário célere, eficiente, simplificado, provido de pessoas efetivamente preparadas para o desempenho da missão de julgar.

O elaborador do pacto foi muito enfático em sua mensagem. Agora é a vez do Poder Judiciário assumir integralmente suas responsabilidades para que os mandamentos fundantes não se percam no vácuo retórico. Essa não é a vocação do Supremo Tribunal Federal, cuja atuação mais recente constitui mostra de empenho e arrojo para enfrentar desafios.

A verdadeira Reforma do Judiciário Brasileiro, fenômeno recorrente e contínuo, passa pela vontade constitucional da Suprema Corte. Não se exclui a participação dos demais Tribunais e mesmo o heroísmo de juízes capazes de adotar novas posturas resultantes das promessas constitucionais. Mas a legitimidade do Supremo Tribunal Federal para as *grandes decisões* é a vontade primeira do constituinte. Um promissor início da assunção desse dever revisitado à luz da *nova hermenêutica* seria implementar o comando do artigo 93, *caput*, da Constituição da República para editar o novo e esperado Estatuto da Magistratura.

Afinal, uma nova Constituição impõe uma nova hermenêutica, na lição inolvidável de Hans Gadamer. Hermenêutica nova, consistente numa nova compreensão da normatividade fundante, à luz do supraprincípio da *dignidade da pessoa humana*. Razão e fonte de todas as normas.

1 Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela USP. Presidente da Academia Paulista de Letras.

2 A 1ª Constituição do Brasil foi a do Império, outorgada em 1824. Em seguida, a 1ª Constituição Republicana de 1891. Em 1934, 1937 e 1946 foram promulgadas outras

Constituições e em 1967 sobreveio a Carta pós-Revolução de 1964, substituída pela atual Constituição da República Federativa do Brasil. Há quem considere que as reformas de 1926 e de 1969 representam novos pactos, o que levaria a *Carta Cidadã* a ser a nona a reger os destinos do Estado Brasileiro.

3 O Conselho Nacional de Justiça foi instituído pela Reforma do Judiciário da Emenda Constitucional 45/2004.

4 Artigo 92, incisos I a VII, da Constituição da República Federativa do Brasil.

5 Parágrafo 1º do artigo 92 da Constituição da República Federativa do Brasil, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004.

6 Parágrafo 2º do artigo 92 da Constituição da República Federativa do Brasil, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004.

7 Artigo 93 da Constituição da República Federativa do Brasil.

8 A Emenda Constitucional n. 7/77 foi editada após visita do então Presidente General Ernesto Geisel ao STF e a pretexto de fazer uma *Reforma do Judiciário*. Sua fisionomia autoritária fê-la conhecida como *Pacote de Abril* e considerada *entulho autoritário*, a ser removido quando da reinstauração da democracia.

9 O recrutamento de juízes no Brasil se faz pelo critério do concurso público de provas e títulos, técnica preservadora da democracia – todos os bacharéis podem se submeter ao certame – conciliada com a aristocracia – só os melhores serão aprovados. Ao lado do concurso público, existe a regra do *Quinto Constitucional*, que se verá ao exame do artigo 94 da CF e a nomeação dos magistrados para as Cortes Superiores, que variam de acordo com o previsto na Carta para os diversos tribunais.

10 O fenômeno da *juvenilização* da Magistratura é corrente em quase todos os países da tradição romano-germânica, tal como o Brasil. Em França, por exemplo, além dessa *infantilização*, é notória a *feminilização* da carreira, o que não tem apenas pontos positivos, quais o reconhecimento da identidade de gêneros. À medida que apenas mulheres buscam a Magistratura, esta pode tender a se converter numa profissão destituída de atrativos para chefes de família e destinada a ser exercida por mulheres, cuja remuneração é mero reforço no orçamento doméstico.

11 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 536/537, a reproduzir o artigo 2º da Resolução CNJ 11/2006.

12 Artigo 3º da Resolução CNJ 11/2006, citado por MORAES, Alexandre de, *Direito*, cit., p. 537.

13 MORAES, Alexandre de, *Direito*, cit.

14 Artigo 93, inciso II, da CF/88.

15 Artigo 93, inciso IV, da CF/88.

16 Artigo 93, inciso II, alínea “a”, da CF/88.

17 Artigo 93, inciso VIII-A, da CF/88.

18 Artigo 93, inciso II, alínea “b”, da CF/88.

19 Artigo 93, inciso II, alínea “c”, da CF/88.

20 Artigo 93, inciso II, alínea “d”, da CF/88.

21 Artigo 93, inciso II, alínea “e”, da CF/88.

22 Não é incomum que o juiz sentencie fora de prazo e argumente com o *invencível acúmulo de processos, a que não deu causa...*

23 Artigo 93, inciso IV, da CF/88. A ENFAM da Justiça comum é prevista no artigo 105, parágrafo único, inciso I, para funcionar junto ao STJ e no artigo 111-A, § 2º, inciso I, contempla-se a ENFAM da Justiça laboral. Diante da importância do tema, voltar-se-á a ele no decorrer destas reflexões.

24 Artigo 93, inciso V, da CF/88.

25 Artigo 93, inciso VI, da CF/88.

26 Artigo 93, inciso VII, da CF/88.
27 Artigo 93, inciso VIII, da CF/88.
28 Artigo 93, inciso X, da CF/88.
29 Artigo 93, inciso IX, da CF/88.
30 Artigo 93, inciso Xl, da CF/88.
31 Artigo 93, inciso XII, da CF/88.
32 Artigo 93, inciso XIII, da CF/88.
33 Artigo 93, inciso XIV, da CF/88.
34 Artigo 93, inciso XV, da CF/88.
35 Lei Complementar Federal nº 35, de 14.3.1979.
36 Artigo 94 da CF/88.
37 O STF concedeu liminar para suspender a eficácia de preceito contido na EC 25/2008 à Constituição do Estado de São Paulo, que exigia a aprovação do escolhido pela maioria absoluta da Assembleia Legislativa: ADI 4150/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 8.10.2008.
38 Artigo 94, parágrafo único, da CF/88.
39 Artigo 95, incisos I a III, da CF/88.
40 Artigo 95, inciso I, da CF/88.
41 Artigo 95, inciso II, da CF/88.
42 Artigo 7º, inciso VI, da CF/88.
43 Artigo 95, inciso III, da CF/88.
44 Artigo 95, parágrafo único, inciso I, da CF/88.
45 Consultar NALINI, José Renato, *Código de Ética da Magistratura Nacional – Primeiras Anotações*. São Paulo: RT, 2009.
46 Artigo 95, parágrafo único, inciso II, da CF/88.
47 Artigo 95, parágrafo único, inciso IV, da CF/88.
48 Artigo 95, parágrafo único, inciso III, da CF/88.
49 Artigo 95, parágrafo único, inciso V, da CF/88.
50 Artigo 96, inciso I, alíneas “a” a “d”, da CF/88.
51 Artigo 96, inciso II, alíneas “a” a “c”, da CF/88.
52 Artigo 96, inciso II, alínea “d”, da CF/88.
53 Artigo 96, inciso III, da CF/88.
54 Artigo 99, *caput* e § 1º, da CF/88.
55 Artigo 99, § 2º, incisos I e II, da CF/88.
56 Artigo 99, § 3º, da CF/88.
57 Artigo 99, § 4º, da CF/88.
58 Artigo 99, § 5º, da CF/88.
59 Artigo 100, *caput*, da CF/88.
60 Artigo 100, § 1º, da CF/88.
61 Artigo 100, § 1º -A, da CF/88.
62 Artigo 100, § 2º, da CF/88.
63 Artigo 35, inciso IV, da CF/88.
64 Artigo 101, *caput*, da CF/88.
65 Artigo 102, inciso I, alínea “a”, da CF/88.
66 Artigo 102, inciso I, alínea “l”, da CF/88.
67 Artigo 102, inciso I, alínea “q”, da CF/88.
68 Artigo 102, inciso III, alíneas “a”, “b” e “c”, da CF/88.
69 Artigo 102, § 1º, da CF/88.
70 Artigo 103, § 2º, da CF/88.
71 Artigo 102, § 2º, da CF/88.
72 Artigo 103-A, § 1º, da CF/88.

73 Artigo 102, § 2º, da CF/88.
74 O tema foi desenvolvido pelo autor em seu livro *A Rebelião da Toga*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2006.
75 Artigo 103-B da CF/88.
76 MORAES, Alexandre de *Direito*, cit., p. 524.
77 Artigo 102, inciso I, alínea "r", da CF/88.
78 Artigo 103-B, § 4º, da CF/88.
79 Sobre a ética da Magistratura, consultar *Nalini*, José Renato, *Ética Geral e Profissional*, 7. ed. São Paulo: RT, 2009; *Código de Ética da Magistratura Nacional – Primeiras Anotações.* São Paulo: RT, 2009, e *A Rebelião, cit.*
80 Artigo 103-B, § 4º, inciso III, da CF/88.
81 Artigo 103-B, § 4º, inciso VII, da CF/88.
82 MORAES, Alexandre de, *Direito*, cit., p. 563.
83 Artigo 22 da CF/88.
84 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, *Recurso Especial, In: Revista de Informação Legislativa,* Brasília, n. 207, p. 147/160, jul./set. 1990.
85 A 1ª Região tem sede em Brasília, a 2ª no Rio de Janeiro, a 3ª em São Paulo, a 4ª em Porto Alegre e a 5ª em Pernambuco. Enquanto isso, cada Estado, bem como o Distrito Federal, constituirá uma seção judiciária que terá por sede a respectiva Capital e varas localizadas conforme a lei (artigo 110 da CF/88). Acena-se, continuamente, com a ampliação das Regiões Federais para criação de novos Tribunais Regionais Federais, o que não é improvável, pois depende do equilíbrio de forças na política partidária que aprecia tais pleitos.
86 Artigo 109, inciso I, da CF/88.
87 Artigo 109, § 3º, da CF/88.
88 O juiz estadual, além de suas atribuições, pode suprir a Justiça Federal comum e a Justiça Federal do Trabalho – artigo 112 da CF/88. Em ambos os casos, os recursos de sua decisão serão julgados pelos respectivos Tribunal Regional Federal ou Tribunal Regional do Trabalho a que pertencer sua Vara. Embora não haja hierarquia funcional entre o primeiro e o segundo grau de jurisdição, o Juiz Estadual pode ter suas decisões analisadas por três Cortes, o que não se define de pronto como privilégio ou aviltamento, ao menos de acordo com a idiossincrasia funcional.
89 Artigo 109, § 5º, da CF/88.
90 A existência de duas Justiças comuns parece desservir ao ideal de um Judiciário mais coeso, exclusivamente direcionado a solucionar questões postas à sua apreciação, menos do que sustentar os lindes de sua competência e ampliar espaços de poder. Por isso é que já alvitrei a unificação do Judiciário em tese de Doutorado convertida em livro – *A Rebelião da Toga*. Mais do que *federal* ou *estadual*, o Judiciário brasileiro é *nacional* e ganharia em eficiência fosse liberado dos conflitos de competência, das dúvidas de competência e da competição corporativista instaurada ante o agigantamento da Justiça Federal, considerada quase como *Justiça de primeira classe* ou *Justiça das grandes questões*, enquanto a Justiça Estadual tem o direito a se sentir instituição de outra categoria.
91 Artigo 111-A da CF/88.
92 Artigo 115 da CF/88.
93 Artigo 116 da CF/88.
94 Artigo 114, e seus incisos, da CF/88.
95 Evidente a contribuição da TV na disseminação de uma cultura *virtual* no brasileiro, povo cuja adaptabilidade é um grande e insubstituível capital não computado nas estatísticas e somente apreensível por poucos pensadores.

96 Artigo 118 da CF/88.
97 Artigo 121, § 4º, incisos I a V, da CF/88.
98 Artigo 122 da CF/88.
99 Artigo 124 da CF/88.
100 Artigo 1º da CF/88.
101 Artigo 125, *caput*, da CF/88.
102 Artigo 24, inciso XI, da CF/88.
103 Artigo 125, §§ 3º, 4º e 5º, da CF/88.
104 Artigo 125, § 6º, da CF/88.
105 Artigo 125, § 7º, da CF/88.
106 Artigo 126 e parágrafo único da CF/88.
107 *Lessa*, Pedro. *Do Poder Judiciário*, 1915.
108 *Lessa*, Pedro, *Do Poder*, cit.
109 *Willoughby*, *The Supreme Court of the United States,* p. 33.
110 STORY, *Commentaries*. vol. 2º, § 1577.
111 Exposição de Motivos do Decreto 848, de 11.10.1890.
112 Exposição de Motivos do Decreto 848, de 11.10.1890.
113 Exposição de Motivos do Decreto 848, de 11.10.1890.
114 Constituição de 1891, artigo 55: *"O Poder Judiciário da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na capital da República, e tantos juízes e tribunais federais, distribuídos pelo país, quantos o Congresso criar".*
115 Artigo 91, inciso IV, da Constituição de 1934.
116 Artigo 119, inciso I, alínea "o", da Constituição de 1967.
117 Artigo 102, inciso I, da CF de 1988.
118 Artigo 102, § 1º, da CF de 1988.
119 Artigo 102, § 2º, da CF de 1988.
120 Artigo 103, § 2º, da CF de 1988.
121 BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e Aplicação da Constituição*.7. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 181.
122 Artigo 103-A e seus parágrafos da CF de 1988.
123 Artigo 102, § 2º, da CF de 1988, já mencionado.
124 Artigo 103, *caput*, da CF de 1988.
125 Artigo 103-B da CF de 1988.
126 MORIN, Edgar, *Os Sete Saberes necessários à Educação do Futuro.* Brasília: Cortez/Unesco, 2000. p. 38.
127 MORAES, Alexandre de, *Direito, cit.,* p. 500/596.
128 STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.* Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado-Editora, 2003. p. 33.
129 Até dezembro de 2008, haviam sido editadas 57 Emendas à Constituição. A de número 57 é datada de 18 de dezembro de 2008.
130 BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação*, cit., p. 180.
131 GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia* – O guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 48.
132 P. RAYNAUD, *La Démocratie saisie par lê Droit, Situations de la Démocratie*. Paris: Gallimard / Le Seuil, 1993. p. 25, apud GARAPON, Antoine. *O Juiz*, cit.
133 M. GAUCHET, "*L 'Expérience Totalitaire et la Pensée du Politique*". Esprit, 1976. n. 7-8. p. 16, apud GARAPON, Antoine, *O Juiz*, cit., p. 51.
134 GARAPON, Antoine, *O Juiz, cit.,* p. 52.
135 Artigo 93, inciso I, da CF de 1988.

136 Artigo 93, inciso II, alínea “c”, da CF de 1988.
137 O princípio da *eficiência* foi introduzido no *caput* do artigo 37 da Constituição pela Emenda 19, de 4.6.1998.
138 Artigo 93, inciso XII, da CF de 1988.
139 Artigo 93, inciso XV, da CF de 1988.
140 Artigo 93, inciso IV, da CF de 1988.
141 Artigo 95 , incisos I a III, da CF de 1988. Anote-se que a irredutibilidade passou a ser regra-garantia de todos os trabalhadores, por força do inciso VI do artigo 7º da CF de 1988.
142 Artigo 95, inciso II, da CF de 1988. Os juízes do “quinto constitucional” dos Tribunais, do “terço constitucional” do STJ ou do STF adquirem a vitaliciedade assim que nomeados.
143 Artigo 105, parágrafo único, I, em relação à ENFAM que funciona junto ao STJ e artigo 111-A, § 2º, inciso I, quanto à ENAMAT, a Escola Superior de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados do Trabalho.
144 TICs são as Tecnologias de Informação e Comunicação, essenciais a qualquer desempenho humano contemporâneo.
145 HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional* – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. (Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.) Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. p. 15.
146 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 333.
147 HORTA, Raul Machado. *Estudos em Homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel.* Coord. Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 596.
148 VERDU, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional:* Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. (Tradução de Agassiz Almeida Filho.) Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 75.
149 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución.* (Tradução de Alfredo G. Anabitarte.) Barcelona: Ariel, 1965. p. 200.
150 Artigo 105, parágrafo único, inciso I, e artigo 111-A, § 2º, inciso I, ambos da Constituição da República de 5.10.1988.
151 O Ministro do STJ SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA exerceu a Diretoria da Escola Nacional da Magistratura da AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros e encetou campanha nacional pelo fortalecimento das Escolas da Magistratura, um dos efetivos avanços no projeto universal de reformulação da Justiça. Sua trajetória é de certa forma relatada no livro *O Juiz* – Seleção e Formação do Magistrado no Mundo Contemporâneo, TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, Del Rey, Belo Horizonte, 1999.
152 Examinar NALINI, José Renato. *Recrutamento e Preparo de Magistrados*. São Paulo: RT, 1992.
153 O 183º Concurso de Ingresso à Magistratura de São Paulo foi o primeiro em que o Tribunal de Justiça adotou a fórmula da Resolução n. 75/2009 do CNJ.
154 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* Coimbra: Almedina, 2000. p. 1127.
155 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Justiça Constitucional: garantia ou déficit da rigidez constitucional*. In SAMPAIO, José Adércio Leite, org. *Crise e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 107.
156 BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique.* 10. ed., tomo III. Paris, *Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence,* 1968, p. 246.
157 FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*.

São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 10.

158 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Interpretação das Normas Constitucionais*. In *Direito Constitucional Brasileiro: Perspectivas e Controvérsias Contemporâneas.* Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 165.

Funções Essenciais à Justiça

Diogo de Figueiredo Moreira Neto[1]

SUMÁRIO

1. Introdução e inserção do tema no constitucionalismo pós-moderno. **2.** A moldura constitucional: dos modelos de pós-guerra à constitucionalização do Direito contemporâneo. **3.** Funções constitucionais e critério de essencialidade. **4.** A essencialidade à justiça entendida como valor essencial no Estado Democrático de Direito. **5.** Princípios inerentes. **6.** Etiologia das distinções funcionais constitucionalizadas – a advocacia *lato sensu* e seus distintos ministérios: o ramo privado e o ramo público, este com seus sub-ramos, com seus respectivos focos identificativos nos interesses constitucionalmente qualificados – as procuraturas constitucionais como órgãos exercentes de funções de estado. **6.1.** Culturas, valores e direitos fundamentais. **6.2.** Constitucionalização, funcionalização e garantia. **6.3.** Funções e órgãos de controle. **7.** Natureza das funções essenciais à justiça. **7.1.** Campo de atuação: a juridicidade. **7.2.** Organização da atuação. **8.** Os sub-ramos orgânicos das funções essenciais à justiça. **9.** Advocacia geral como ministério privado. **10.** A procuratura da sociedade – um Ministério Público *stricto sensu.* **11.** A procuratura do Estado – uma Advocacia Pública *stricto sensu.* **12.** A procuratura dos hipossuficientes – uma Advocacia Pública *lato sensu.* **13.** Isonomia axiológica e funcional. **13.1.** A isonomia axiológica. **13.2.** A isonomia funcional. **14.** A caminho do Estado de justiça. **14.1.** Racionalidade e eficiência. **14.2.** O fenômeno da juridicização da política e da administração pública. **14.3.** A ética e a administração de resultados. **14.4.** Ganha ímpeto a administração de resultado. **14.5.** A expansão constitucional do domínio administrativo e as funções essenciais à justiça. **14.6.** Desafios postos às funções essenciais à justiça no alvorecer de um novo século e milênio

1. Introdução e inserção do tema no constitucionalismo pós-moderno

O tema das *funções essenciais à justiça* tem sido enfocado fragmentariamente, raramente considerado em sua inteireza, embora com a preocupação de estudar suas distintas formas de atuação: a advocacia e as carreiras de Estado que dela se derivam.

Não obstante, a rarefação de estudos específicos vem sendo superada pela saudável eclosão de uma robusta consciência dos direitos que vão sendo afirmados nas sociedades em geral e na sociedade brasileira em particular,

na épica transformação dos súditos em cidadãos.

A desejável ampliação desse debate está na agenda de transformação do constitucionalismo pós-moderno, articulada com temas que estão introduzindo seus novos paradigmas. Se algum deles, da pós-modernidade, pode-se considerar como o de maior destaque na reconstrução pela qual vem passando a sociedade, o Estado e o Direito, este é, sem dúvida, o *paradigma democrático*.

A democracia, que se foi afirmando mui tímida e lentamente no início da modernidade, robustecendo-se com as três revoluções liberais – a inglesa, a americana e a francesa –, chegou ao século 20 com suficiente vigor para sobrepujar as resistências conservadoras do absolutismo monárquico. Ainda assim, não estaria suficientemente desenvolvida para se autossustentar e para se precatar contra as armadilhas geradas pela congênita fragilidade de seu fundamento censitário, o que se revelaria na ascensão dos regimes autocráticos, na exacerbação da exploração demagógica das massas e na irrupção das ideologias totalitárias, que culminariam com os funestos confrontos da Segunda Guerra Mundial e da Guerra Fria, ceifando vidas e arruinando esperanças de milhões de pessoas.

Paradoxalmente, partiria de dois dos países europeus, epicentro desses confrontos e mais vitimados pela perversa *radicalização política* a que havia levado à prática da *democracia formal* – a Itália e a Alemanha –, a reação juspolítica que introduziria os modelos destinados a superá-la; inaugurando um novo constitucionalismo, instituidor de *Estados Democráticos de Direito*, em que, em acréscimo ao império da *legalidade* – até então suficiente definidor do *Estado de Direito* –, erigia-se o império da *legitimidade* – caracterizador de um pleno *Estado Democrático de Direito*.

Dava-se, então, a mudança de paradigmas a que J. J. GOMES CANOTILHO[2] caracterizaria como os simultâneos *refluxos político e jurídico*, que temperariam a excessiva formalidade de ambos os campos: "*no âmbito político assiste-se ao* refluxo da política formal (*do Estado, dos parlamentos, dos governos, das burocracias, das formações sociais rigidificadas)*", possibilitando a ascensão protagônica da sociedade no contexto de renovado formato de diálogo cratológico, e, "*no domínio jurídico, o espetáculo é o* refluxo jurídico (*deslocação da produção normativa do centro para a periferia, da lei para o contrato, do Estado para a sociedade*)", marcando a pluralização das fontes do direito e da sua

interpretação, que assim passava a abranger toda a comunidade de seus operadores, em quaisquer de seus níveis aplicativos e de suas funções correlatas.

Era a inauguração de um *processo público aberto*, apropriado a *sociedades abertas*[3], que, com esse novo instrumental interativo, conquistavam o direito de não apenas escolher os seus governantes, mas o de escolher como queriam ser governadas[4], o que, em síntese, proporcionava a plenificação do conceito de *cidadania*, até então restrito à mera participação no sufrágio de pessoas para sua representação no desempenho de magistraturas públicas.

Por outro lado, essa ampliação constitucional de paradigmas promovida pela imbricação dos dois refluxos, como referida por CANOTILHO, além das consequências por ele apontadas – a *des-oficialização*, a *des-codificação* e a *des-legalização*[5] –, veio a enriquecer superlativamente o conteúdo do *jurismo* contemporâneo, que, a partir dela, passou a contar, além da tradicional referência paleoliberal à *legalidade* – então restrita à *lei*, entendida, como no modelo democrático de ROUSSEAU, como produto das assembleias, que levou à monopolização do jurídico pelo Estado –, também com a referência à *legitimidade*, entendida como a expressão democrática das sociedades abertas e, ainda mais, com a referência, mais recente, à *licitude*, como qualidade moral do agir estatal e sua quintessência ética, conformando, essa tríade, o refeito conceito pós-moderno da *juridicidade*[6].

Em consequência dessa ampliação do espectro ético, que se havia introduzido à consideração da nova hermenêutica, as funções de zeladoria, defesa e promoção da *juridicidade* se tornaram extremamente mais complexas e muito mais demandantes nos Estados Democráticos de Direito, portanto, muito além das possibilidades aplicativas fechadas e acríticas, tradicionalmente contidas nos comandos cristalizados em *normas legais*, por mais minudentes e acuradas que pudessem ser.

Que mais não fosse, essa desatualização causada pela maciça reintrodução de *valores*, importando na necessidade de desenvolver complexos juízos de *ponderação* em questões em que antes não se precisaria mais do que aplicar simples juízos de *subsunção*, vinha exigir, da também já expandida *comunidade dos intérpretes* desse novo Direito, uma elaboração coletiva, dialética e processualizada das decisões jurídicas, desenvolvidas não mais

pela via da *racionalidade estratégica*, imposta verticalmente pelo poder político estatal, mas pela via da *racionalidade comunicativa*, consensualizada horizontalmente no *discurso*, de modo a viabilizar faticamente a realização da justiça pelo dinâmico cometimento comunicativo habermasiano[7].

Portanto, as funções de zeladoria, de defesa e de promoção da *juridicidade* deixavam de ser secundárias ou auxiliares, como se as considerava no antigo modelo passivo, para se tornarem *essenciais* a esse novo modelo interativo de *realização da justiça*, uma vez que a imputação dos valores de referência necessários à decisão já não se cinge à legada pela exclusiva atuação do Estado-legislador, mas passa a ser uma *tarefa coletiva*, sucessivamente desempenhada por toda uma legião de intérpretes, até alcançar aqueles investidos da função de Estado-julgador, aos quais cabem as decisões terminativas dessas sequências elaborativas das normas jurídicas – e não apenas legais – que são, afinal, concreta e efetivamente aplicadas.

Assim, o *direito de acesso à justiça*, universalmente reconhecido como fundamental, não se esgota em si mesmo, mas se integra com o *direito de acesso ao direito*, cuja efetividade só é alcançada quando o processo possibilita, a partir da norma abstrata legislada, a extração da norma concreta aplicada[8].

Eis, portanto, na *função jurídica constitucional jurisdicional*, concretizada no *ato jurídico constitucional*[9] da sentença, completada a *integração interpretativa* que consolida a visão pós-moderna confluente da colaboração de todas as demais *funções jurídicas constitucionais essenciais*, concretizadas, por sua vez, nos *atos jurídicos constitucionais essenciais* que lhes são próprios, no desempenho de tarefas intelectivas próprias da ciência e da teoria do Direito, que passaram a exigir, bem mais do que um simples trabalho descritivo, mas um *esforço coletivo construtivo*, nesse contexto sistemático que LUIS PRIETO SANCHÍS tem, por isso, denominado *constitucionalismo dogmático*[10].

2. A moldura constitucional: dos modelos de pós-guerra à constitucionalização do Direito

contemporâneo

Para entender a moldura jurídica que possibilitou o desenvolvimento atingido no tratamento da *advocacia* na Constituição de 1988, entendida em seu sentido mais amplo, como *função de promoção e defesa de interesses de terceiros*, pode-se partir de quatro aspectos originais dos modelos que emergiram do Segundo Pós-Guerra, notadamente sob a disciplina doutrinária inaugurada na Lei Fundamental de Bonn, tema sobre o qual a seguir se desenvolverá: a renovação do conceito de normatividade constitucional, o conceito de ordem de valores constitucionalizados, o conceito de historicidade constitucional e a compreensão das marcas de incerteza e indeterminação encontradas nos modelos de sociedades e de Estados de risco.

Um dos resultados mais espetaculares desses influxos revolucionários foi a superação do clássico *Estado de Direito*, construído sobre o conceito de *lei,* como produto dos parlamentos, para afirmar-se o conceito de *Estado Democrático de Direito*, erigido sobre o conceito de *Constituição*, como expressão acabada da vontade histórica de um povo.

Essa superação se torna mais patente considerando-se a introdução do viés substantivo da democracia; a substituição do conceito positivista de valores da lei pela ordem de valores constitucionais; o enriquecimento do Direito pela recuperação da legitimidade; a distinção entre a legitimidade *originária* (*usque titulum*), a *corrente* (*usque exertitium*) e a *finalística* (*usque finis*) e a permeação explícita e definitiva da *licitude,* a reintroduzir os valores morais no exercício do poder público.

3. Funções constitucionais e critério de essencialidade

Sucintamente, a originalidade científica do modelo constitucional de Bonn se pode resumir nos aspectos, acima destacados, para fundamentar em prosseguimento um estudo da *essencialidade* atribuída a determinadas *funções jurídicas constitucionais*, para empregar a metodologia expositiva, acima referida, de JORGE MIRANDA: 1º – o conceito de normatividade constitucional como uma *ordem histórico-concreta*; 2º – o conceito de *ordem de valores* constitucional; 3º – o conceito de *historicidade*

constitucional e 4º – a compreensão das *marcas tipificadoras* dos Estados contemporâneos.

O conceito de normatividade constitucional como uma *ordem histórico-concreta*[11] conduz à compreensão do Estado e da Constituição como dados muito mais pressupostos do que explicitamente fundamentados, de modo que a variação da compreensão de um e de outro fenômeno segue uma continuidade histórica, cabendo, por isso, essa progressiva apreensão do momento conceptual, muito mais à jurisprudência constitucional, ou seja, às *mutações constitucionais*, do que as episódicas *reformas constitucionais* parlamentares[12].

Agregue-se a este o conceito de *ordem de valores constitucional*[13], que entende as Constituições como processos dinâmicos destinados a expressar a *ordem fundamental jurídica* dos Estados e, ainda, o conceito complementar de *historicidade constitucional*[14], que explica a formação histórico-cultural tanto da *unidade política* (Estado) como da *ordem jurídica* (Constituição), refutando que se trate ambas de expressões lógicas ou éticas de princípios absolutos, com isso esvaziando o vetusto conceito de *organismo moral*. Por derradeiro e compondo este quadro é preciso compreender os Estados pós-modernos, sob os signos contemporâneos da *incerteza*, da *complexidade* e da *indeterminação*, como organizações das *sociedades de risco*[15].

Nesta nova moldura, o velho conceito de *soberania* – como sede e referência do *poder* – que havia evoluído historicamente de *atributo do soberano* a *atributo da nação* e, daí, a *atributo do povo* – em razão que hoje se reconhece que dele "*todo o poder emana*"[16] –, faz do Estado pós-moderno nem mais nem menos que o delegatário desse poder, que, por sua vez, deve se exercitar através de *funções jurídicas constitucionalmente alocadas*.

Vê-se, em consequência, que aquilo que se imaginava como uma *separação de poderes*, na realidade e em última análise, deve-se entender como uma *separação constitucional de funções*, mantida embora a metonímia "*Poderes do Estado*", nada mais que por tradição, para designar os três grandes complexos funcionais especializados de *expressão da soberania* e seus respectivos órgãos exercentes, sem, contudo, esgotá-la.

Assim, o *poder estatal* – ou seja, a *expressão de soberania popular transferida ao Estado* para ser por este empregada em benefício do povo,

como seu mandante – se exerce exclusivamente através de *funções constitucionalmente definidas*, sendo, portanto, apropriadas as referências constitucionais delas derivadas, ou seja: à distribuição de funções, à especialização de funções, à independência de funções, à autonomia de funções, à harmonia (interdependência) de funções, à hierarquia (dependência) de funções e outras expressões assemelhadas.

Pela mesma razão, as *funções constitucionais* passam a ser transferidas a específicos centros de imputação, alçados como *novos órgãos constitucionais* e até mesmo cometidas redundantemente a mais de um órgão exercente, como é o caso da *função administrativa*, que cabe a cada um dos órgãos ou dos complexos orgânicos dotados de *independência* constitucional, até mesmo como meio de assegurá-la.

Em suma, a caracterização de *essencialidade* de determinadas funções dependerá tanto da existência de específico *regramento constitucional* do modo e da finalidade de seu exercício como – e isto é transcendental – *da própria natureza dos valores envolvidos*, quando ingenitamente referidos àqueles – por isso *essenciais* – que *fundamentam a sociedade e o Estado*, ou seja: substantivamente, a *essencialidade funcional* se radica na sustentação de um determinado elemento constitutivo da ordem histórico-concreta constitucionalmente instituída e, formalmente, se efetiva em atos que realizem os inerentes valores dessa ordem.

4. A essencialidade à justiça entendida como valor essencial no Estado Democrático de Direito

Pode-se conceituar agora, em prosseguimento, a essencialidade dessas *funções constitucionais* definidas nos artigos 127 a 135 – as *funções essenciais à justiça* – sob os dois critérios acima mencionados: por seu conteúdo *substantivo* e por seu conteúdo *formal*.

Quanto ao *conteúdo substantivo*, este já vem sinteticamente explícito na alusão ao valor *justiça*, enquanto *fim do Estado*, e analiticamente desenvolvido na Carta Política no elenco dos *princípios fundantes* do Estado Democrático de Direito. Quanto ao *conteúdo formal*, está, por sua vez, referenciado à disposição textual e à especialização dos respectivos *órgãos exercentes* voltados a concretizar essas missões, o que se expressa,

explícita ou implicitamente, por meio de *princípios operativos*, também constitucionalizados.

O *conteúdo substantivo* da essencialidade à justiça, vinculado aos *princípios constitucionais fundantes*, refere-se tanto aos *direitos e garantias fundamentais*, que são atinentes aos entes da sociedade[17], como aos *princípios fundamentais*, que são atinentes aos entes estatais[18].

Com relação aos primeiros – os *direitos e garantias fundamentais* (elencados no Título II) – não estão definidos em *numerus clausus*, pois que tais princípios são expressos em lista aberta, como se lê no art. 5º, § 3º, da Constituição[19]. Por outro lado, tais princípios resguardam concretamente variados tipos de *interesses*, classificados como privados ou públicos, individuais ou transindividuais ou até referidos ao grau de autossuficiência socioeconômica de seus titulares.

Com relação aos segundos – os *princípios fundamentais* (elencados no Título I) – define-se o importante rol de princípios que embasam o Estado brasileiro: republicano, federativo, democrático, da soberania popular, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da proteção do trabalho, da livre iniciativa, do pluralismo político, da participação e da independência e harmonia de funções e órgãos constitucionalmente independentes.

Postos ambos em perspectiva sistêmica, os segundos servem aos primeiros, ou seja, os princípios atinentes ao Estado operam a *funcionalização* democrática dos direitos fundamentais das pessoas. Em última análise, todos convergem para a concretização do *princípio democrático*, pois possibilitam a coordenação e a interdependência entre os direitos fundamentais e os princípios fundamentais, tal como sustentada por CANOTILHO[20].

Novamente agita-se o denso fundamento democrático da essencialidade das *funções constitucionais*, convergentes para a realização do valor *justiça*, que podem ser apresentadas, sob tal prisma, como: 1º – uma via técnica de participação das pessoas e 2º – um acesso às garantias da democracia social, econômica e cultural. Com efeito, toda função estatal se procedimentaliza, para que esteja a todos acessível e visível, obediente a um *iter*, que no Estado Democrático de Direito deverá estar definido e disponível, de modo que pelo processo se garanta o acesso útil das pessoas.

Quanto ao *conteúdo formal* da essencialidade à justiça, este se vincula aos *princípios operativos*, também constitucionalmente previstos, que são: a

autonomia funcional e a *inviolabilidade*[21], que se expressam nos diferentes modos de *atuação funcional*, todos também constitucionalmente previstos: de *zeladoria*, de *promoção*, de *defesa*, de *controle*, de *consultoria*, de *assessoramento jurídico* e de *orientação jurídica*[22].

Essa observada tendência contemporânea de desdobramento dos clássicos "poderes" – entendidos, hoje, como o desdobramento de um *poder estatal* conceptualmente uno – para acomodar com independência de ação a certas *funções que passaram a ser constitucionalmente exigidas no contexto dos Estados Democráticos de Direito*, tem sido profundamente examinada criticamente pela doutrina, como o fez *Eugenio De Marco*, Professor Ordinário da Universidade de Milão, em conferência intitulada *Percursos do novo constitucionalismo*[23], em que trata extensamente do fenômeno, nele apontando exatamente esses elementos: 1º – o desdobramento do esquema tradicional de divisão de poderes dando surgimento a esses novos centros de imputação de poder estatal independentes; 2º – a natureza técnica das funções a serem desempenhadas com independência constitucional; e 3º – a ampla difusão de funções especializadas no mundo contemporâneo.

Sinteticamente, portanto, a *essencialidade* constitucional, tal como aqui estudada, está diretamente conotada ao *princípio democrático*, daí se poder afirmar que *as funções essenciais à justiça* são, em última análise, *funções essenciais ao próprio Estado Democrático de Direito*.

5. Princípios inerentes

Para assegurar o exercício independente das *funções essenciais à justiça* a Constituição enunciou *princípios* específicos que cercam e protegem tanto o seu *desempenho* como a *incolumidade* de seus exercentes.

Assim, como adiante se terá oportunidade de desenvolver, em razão de os valores que devem ser tutelados não serem hierarquizados entre si, esses *princípios constitucionais* que asseguram a independência funcional, sejam eles explícitos, implícitos ou decorrentes na Carta Política, se aplicam a todas as funções nela instituídas, no Brasil, pelo Capítulo IV do Título IV, pois a todas elas indistintamente se comete a fiscalização, a zeladoria, a promoção e a defesa de *direitos fundamentais*, embora apresentando características diferenciadas, próprias, embora nem sempre exclusivas, a

cada um de seus ramos.

Essas *garantias constitucionais* das funções essenciais à justiça classificam-se como *funcionais* e *orgânicas*, conforme se dirijam ao *exercício dos atos próprios* ou à *autonomia dos seus órgãos*, individuais ou coletivos.

Como *características gerais*, mencionem-se os princípios constitucionais protetivos do desempenho de funções públicas, de modo que se resguarde não apenas a *independência* como a *eficiência*, daí decorrendo que a interpretação dessas prerrogativas funcionais há de ser sempre aquela que realce esse amplo aspecto *protetivo* de seu exercício.

Por um lado, como *garantias de independência*, referidas à *atuação funcional*, devem ser consideradas tanto as de natureza material – atinentes à *atuação técnico-jurídica* – quanto as de natureza formal – atinentes à *atuação orgânica*: ambas, condições essenciais para o desempenho de suas funções constitucionais.

Por outro lado, como *garantias de eficiência*, referidas ao *resultado funcional*, devem ser entendidas aquelas que propiciem as condições mínimas de desempenho: o acesso democrático pelo sistema de mérito – o que pressupõe um certame público para acesso às carreiras públicas; a remuneração adequada – o que implica a isonomia das carreiras públicas, e a infraestrutura administrativa apropriada – que demanda a autonomia gerencial das carreiras públicas.

O princípio da *eficiência* tem incidência própria quanto às funções essenciais à justiça. A menção à eficiência não se há de entender no *sentido quantitativo*, como simplesmente vinculada ao número de vezes com que sejam exercidos quaisquer dos deveres de fiscalização, zeladoria, promoção e defesa, sob quaisquer dos vários aspectos orgânico-funcionais em que se apresentem, nem, tampouco, referenciada ao tempo que essas atividades demandem, mas deve ser tomada no *sentido qualitativo*, ou seja: referido ao atendimento da *finalidade pública*, a melhor realização possível da ordem jurídica.

É, pois, nesse sentido *qualitativo* que passa a ter especial significado a busca do que se tem como *eficiência jurídica* – concebida como qualidade sempre estimável, embora nem sempre mensurável, desde que seja aferida através de critérios apropriados, que espelhem fielmente a *efetividade* e a *qualidade* de sua atuação, enquanto órgãos dispostos pela Constituição,

tanto para a sustentação como para o aperfeiçoamento dessa *ordem jurídica*, como objeto, e da *justiça*, como finalidade.

6. Etiologia das distinções funcionais constitucionalizadas – a advocacia *lato sensu* e seus distintos ministérios: o ramo privado e o ramo público, este com seus sub-ramos, com seus respectivos focos identificativos nos interesses constitucionalmente qualificados – as procuraturas constitucionais como órgãos exercentes de funções de estado

6.1. Culturas, valores e direitos fundamentais

Parte-se de uma constatação *antropológica*: tudo o que é *real* é dominado pela *diversidade*[24]. Assim o são as *culturas* e por isso desenvolvem-se nelas os seus respectivos *valores*. Com a aproximação dos povos e o - aperfeiçoamento da comunicação social surgem e florescem as *sociedades plurais*, em que, paulatinamente, *alguns valores se comunicam*, se compartilham e passam a ser *referências multiculturais* dessas sociedades.

Ora, uma das referências multiculturais mais expressivas das sociedades plurais da atualidade são, indubitavelmente, os *direitos fundamentais*, desenvolvidos através de um longo percurso histórico, percorrido desde o surgimento do conceito de que o homem tem *direitos naturais* que lhe são imanentes, passando pelo conceito de *direitos humanos* até, finalmente, serem elevados às Constituições com a denominação *fundamentais*.

6.2. Constitucionalização, funcionalização e garantia

Em suas origens positivadas, os *direitos fundamentais* se limitavam a simplesmente expressar valores, tal como já encontrado em algumas Cartas

medievais até as primeiras declarações formais que surgiram no Iluminismo. Era, pois, meramente uma *função declaratória*, e, como tal, recepcionada no positivismo, sem outra eficácia que a de indicar um ideal a ser alcançado.

Só recentemente, com sua constitucionalização pós-moderna, que esses direitos declarados passaram a ser dotados de *supremacia* e de *eficácia* próprias. Assim, se o Estado Moderno chegou à expressa *afirmação* dos direitos fundamentais, coube ao Estado pós-moderno alcançar a sua *efetivação*, entendida, portanto, além da *afirmação* de direitos com prelazia sobre todos os demais, mas como uma verdadeira vertebração de todo o Direito constitucionalizado voltado à promoção de sua efetiva *garantia* e, ainda mais além, de sua *funcionalização*.

Define-se, assim, um novo papel ôntico das Constituições pós-modernas, atribuindo-se fundamentalmente ao Estado essas duas novas ordens de missões: *primo*, a de tornar efetiva a *garantia* de que os direitos fundamentais serão observados e, *secundo*, a de tornar realidade essa *funcionalização*. Assim é que, para o desempenho dessas duas ordens de *novas funções*, a Constituição brasileira adota uma disposição de *órgãos* que busca conjugar critérios de *especialidade funcional* com critérios de *multiplicidade de controles*.

Esta adequação funcional-orgânica na Constituição assim se dispõe: por um lado, para desempenhar funções que devam dar *conteúdo substantivo* à *funcionalização* dos direitos fundamentais, a Carta aparelhos os *órgãos* que ditem as regras legais do funcionamento, com *funções* de formular comandos normativos (os legislativos) e os *órgãos* com *funções* adequadas para pôr em ação esses comandos (os executivos); por outro lado, para desempenhar funções que devam dar *efetividade* à *garantia* dos direitos fundamentais, a Constituição aparelha órgãos que devem desempenhar funções de fiscalizar, prevenir, reprimir e corrigir os dois tipos de ações de funcionalização referidos (os órgãos de controle).

Assim, quando a Constituição autoriza ao próprio órgão de funcionalização *desempenhar* concomitantemente a de *garantia*, tem-se uma atribuição de *autocontrole*, e, quando se atribui a função de garantia a órgão externo ao de exercício da *funcionalização*, tem-se o *heterocontrole*.

6.3. Funções e órgãos de controle

Especificamente quanto às *funções de controle*, as suas distintas manifestações são distribuídas constitucionalmente entre diversos *órgãos*, sendo que em alguns deles se concentra, qualificada pela *jurisdição* sobre os demais órgãos, uma ampla competência para emitir *decisões definitivas sobre conflitos de Direito*, caracterizando-se como órgãos judiciários.

Os demais *órgãos de controle* instituídos pela Carta Magna voltam-se ao desempenho de funções *específicas* e *limitadas de controle*, como atividades primárias ou secundárias, para atuar como *controle externo sobre órgãos controlados*, embora, em regra, desprovidas de definitividade quanto à dicção do Direito aplicável.

Dois grupos de órgãos atuam com essas *missões constitucionais específicas e limitadas:* no primeiro grupo estão os que desempenham os controles de *fiscalização* e de *correção* em matéria contábil, financeira e orçamentária, conformando os *órgãos de contas*, e, no segundo grupo, os que desempenham controles de *fiscalização* e de *promoção* em matéria jurídica destinados à *provedoria de justiça*, conformando os *órgãos exercentes das funções essenciais à justiça*.

Para o desempenho de qualquer dessas atividades estatais é imprescindível o atributo de *independência funcional*, não apenas para o desempenho de funções de *funcionalização* dos direitos fundamentais, como, e notadamente, as de *garantia*, porque a esses órgãos incumbem amplas missões de *controle* sobre todas as demais funções estatais (unidades de jurisdição).

Em suma, o princípio da *separação de poderes* do Estado tem como corolário a *independência constitucionalmente assegurada para o exercício de funções* do Estado.

7. Natureza das funções essenciais à justiça

7.1. Campo de atuação: a juridicidade

O *princípio da juridicidade* exprime a dupla submissão do Estado à *lei* e ao *Direito*: de um lado, a clássica *submissão à lei*, traduzida no *princípio da legalidade*, foi superada, pela inclusão tanto da submissão à *legitimidade*, politicamente conotada, quanto da submissão à *licitude*, moralmente

conotada, ambos referidos a valores constitucionalmente afirmados do Direito pós-moderno, enfeixados no conceito de *juridicidade*.

Assim, consoante esta mais moderna nomenclatura, o emprego da expressão *legalidade* se reserva quando se refere à *lei no sentido estrito*, embora, *conforme o sentido que se lhe dê*, por extensão se a possa apreender no sentido lato, tal como foi empregado na modernidade.

Este *princípio da juridicidade*, assim integrado, se dirige superiormente a atender a mais importante finalidade do Direito, que por si só o justificaria: a *proteção das liberdades e dos direitos das pessoas*, seguindo-se, em importância, a *ordenação das atividades juridicamente relevantes a cargo do Estado*.

Para cumprimento dessas missões, o Estado, no exercício das *funções públicas* – portanto, assim compreendidas as pessoas que as desempenham a qualquer título –, tem todas as suas ações *contidas* por duas técnicas: a *limitação* e o *controle*.

A *limitação* age pela *restrição* juridicamente imposta à ação do Estado, com vistas à *proteção* das liberdades e dos direitos dos administrados, consistindo, assim, na sua *contenção estática*.

O *controle* age pela *reação*, contraposta à atuação do Estado, sempre que se torne necessário *tornar efetiva a proteção* das liberdades e dos direitos dos administrados ameaçados ou vulnerados, consistindo na sua *contenção dinâmica*.

Em ambos os casos, afirma-se o *primado do princípio da juridicidade* com esta dupla expressão – a estática e a dinâmica – servindo como moldura referencial para a definição do campo de atuação das funções essenciais à justiça nos Estados Democráticos de Direito contemporâneos.

As *funções essenciais à justiça* estão aparelhadas para atuar praticamente em *todos os campos em que exista alguma atividade compreendida na esfera da juridicidade*, que, por ser um conceito mais extenso que o de *legalidade*, pois não se refere exclusivamente à *lei*, mas ao *Direito*, envolve exigências constitucionais metalegais, como as de *legitimidade* e de *licitude* (moralidade).

A este respeito, *Franz Bydlinski* sustenta com razão que o emprego gradual e subsidiário de todos os métodos disponíveis para chegar a qualquer decisão deva sempre exprimir a *lei*, mas de modo a fazê-lo sempre conforme a ideia de *Direito*[25], uma vez que tanto os preceitos positivos

como os princípios de conteúdo ético conformam ambos o Direito.

Afinal, o conceito de atividade administrativa *justa* há de ser aquela que deve buscar, na linha da *legalidade*, a *realização da solução prevista na lei* (eficácia), em que se logre, e, na linha da *legitimidade*, o atingimento do *máximo de proveito geral com o mínimo de sacrifício particular* (eficiência).

Chega-se, portanto, com *Friedrich Müller,* à conclusão de que a operação de concretização aplicativa de uma norma não significa apenas *densificá-la* em seus elementos, para assim alcançar a realidade, mas, sobretudo, *produzir uma norma para o caso*, como se fora uma *norma nova* que, embora geral, é a que se faz *justa* para a hipótese.[26]

Para atender a tantas missões em campos tão distintos e tão extensos, as funções essenciais à justiça, embora constitucionalmente tratadas sob um critério de *unidade conceptual* (o Título IV, Capítulo IV), apresentam-se com *multiplicidade orgânico-operacional* (uma vez que suas diferentes Seções tratam de quatro sub-ramos: o do *Ministério Público*, o da *Advocacia Pública*, o da *Defensoria Pública* e o da *Advocacia Privada*).

São, portanto, separadas na Carta, quatro ordens de *funções específicas* e, para cada uma delas, estabelecidos os correspondentes *órgãos pessoais e coletivos* aos quais cabe exercê-las.

Além dos *valores comuns*, que cabem genericamente a todos os ramos garantir em suas atividades próprias, quais sejam as de *fiscalização,* de *promoção* e de *defesa*, distinguem-se *valores específicos*, a definir campos de atuação específicos para cada um deles, que devem ser preferentemente e, por vezes, exclusivamente atendidos.

Assim é que da *paridade* entre os valores que lhes são respectivamente atribuídos e da *independência funcional* decorre a *paridade constitucional dessas funções*. Com efeito, de um lado, como aqueles valores *não são hierarquizáveis*, em consequência, não o poderão ser as respectivas *funções essenciais* que proveem à sua cura, e, de outro lado, como tanto os valores como as correlativas funções de provedoria são ambos constitucionalmente definidos, além da impossibilidade de *subordinação hierárquica* no exercício dessas funções, afirma-se a consequente *independência* para o seu desempenho.

7.2. Organização da atuação

Indubitavelmente, um avanço doutrinário da Constituição brasileira de 1988 foi o de seguir a linha contemporânea da *pluralização* e da *especialização* de polos de poder despolitizados e apartidários esposada no constitucionalismo moderno, instituindo as *funções neutras*, assim denominadas por seu descomprometimento relativamente à atuação político-partidária.

Outros exemplos, tanto colhidos no direito brasileiro como no direito comparado, como os tribunais de contas, os bancos centrais, as universidades, os conselhos superiores de controle externo (como o da Justiça e o do Ministério Público no Brasil) e até Tribunais Constitucionais (como é o caso da Alemanha), aos quais se acrescem as diversificadas agências reguladoras (hoje, até supranacionais), atestam abundantemente essa tendência, que rapidamente se globaliza e se projeta na conformação comunitária da organização política dos continentes.

Sem esforço, o conceito de *funções essenciais à justiça*, tal como inserido na Carta Magna brasileira e destacado como um Capítulo a mais em um Título que trata da *organização dos poderes* outorgados ao Estado (Título IV), assoma como mais um nítido exemplo dessa inclinação juspolítica em marcha.

Por outro lado, o *pluralismo* como princípio organizador, tanto da sociedade como dos poderes no Estado, tem sido uma pujante manifestação de sentido democrático, adotado como a melhor fórmula de atendimento de uma explosiva *diversificação de interesses* apresentada nas sociedades contemporâneas, reclamando a proteção do Direito.

Por isso, tratando-se do atendimento desses interesses de tal forma diversificados – públicos, privados, individuais, coletivos e difusos – se justifica a opção constitucional pela definição de *quatro blocos de interesses*: um 1º bloco, de *interesses individuais e coletivos, públicos ou privados, disponíveis;* um 2º bloco, de *interesses difusos e indisponíveis da sociedade*; um 3º bloco, de *interesses públicos cometidos ao Estado* (tanto interesses públicos primários como interesses públicos secundários); e um 4º bloco, de *interesses, individuais ou coletivos, dos hipossuficientes.*

Desse modo, a Constituição de 1988 teve o inegável mérito de definir com clareza o imprescindível elo jurídico operativo que deve existir entre a *sociedade* e o *Estado* ao cometer as *funções essenciais à justiça* a órgãos distintos e inconfundíveis com os demais órgãos do Estado, dotando-lhes, além da *competência específica*, da necessária *independência funcional*,

tanto para vigiar como para acionar os demais polos dotados de poder instituídos no Estado.

Observe-se que, teoricamente, tanto faria sentido a instituição de apenas *um órgão* para todos esses fins, desdobrando-o funcionalmente, como já se preferiu no passado e ainda se pratica em outros países, quanto a instituição de *vários órgãos* especificamente vocacionados ao atendimento de distintos subconjuntos de interesses, neste caso apresentando variações orgânicas específicas para corresponder a essas funções, como efetivamente foi a opção do legislador constituinte, ao seguir, como foi referido, uma linha contemporaneamente reforçada da *especialização de funções estatais*.

Desde logo, manteve-se a tradicional distinção entre os ramos da *advocacia privada* e da *advocacia pública* – mantida aqui a expressão *advocacia* em seu sentido original mais amplo – instituindo-se uma subdivisão especializada dessa última em três sub-ramos de *Procuraturas públicas constitucionais*: o *Ministério Público,* a *Advocacia de Estado* e a *Defensoria Pública.*

Embora todos os ramos e sub-ramos estejam dotados de *poderes tipicamente estatais* para o exercício de suas funções próprias – daí se justificando a sua inserção como um Capítulo diferenciado do Título IV –, pois que este trata *Da Organização dos Poderes*, ou seja, das *definições cratológicas fundantes* da organização estatal – ainda assim, em acréscimo, os três sub-ramos públicos necessitam de uma *investidura pública* para desempenhar suas respectivas funções.

Observe-se, porém, que o legislador constitucional reformador da Emenda Constitucional nº 19/98, ao alterar o título original da Seção II, do Capítulo IV do Título IV, equivocadamente reduziu o conceito geral de *Advocacia Pública*, limitando-o ao de *Advocacia de Estado*.

Possivelmente este baralhamento conceitual terá ocorrido mais por descuido do que por deliberada intenção, já que disso não resultou qualquer vantagem prática ou teórica que se tivesse em vista, se não que, ao contrário, o equívoco apenas deixou a enganosa impressão de que os demais sub-ramos capitulados *não exercem a advocacia*, como aqui entendida em sua expressão mais ampla, com a prístina significação de *patrocínio de interesses alheios, destarte encompassando tanto a advocacia dos interesses difusos e indisponíveis da sociedade* (atribuída à instituição do Ministério Público) como a *advocacia dos interesses do Estado* (atribuída à Advocacia de Estado) e a advocacia *dos hipossuficientes* (atribuída à

Defensoria Pública).

O importante, porém – desconsiderando, doravante, esta e outras impropriedades técnicas (infelizmente cada vez mais encontradas até nos textos constitucionais e em suas abundantes emendas) –, é que o art. 131 do texto originário da Constituição (que ficou intacto) e o art. 132, com sua redação emendada, *mantiveram a dupla missão fundamental* do sub-ramo rebatizado da *advocacia de Estado*, ou seja: a *representação judicial* e a *consultoria jurídica* da União, dos Estados e do Distrito Federal e, por compreensão, a dos Municípios, entes políticos que são na federação brasileira de três graus.

Quanto a estes, quiçá, em razão de uma anômala concepção de assimetria, os Municípios inexplicavelmente não foram contemplados com a possibilidade de instituírem Procuraturas constitucionais próprias para sua advocacia estatal, embora essa omissão, na prática, não lhes impeça de instituir órgãos similares.

Do mesmo modo, nada obsta que aos órgãos exercentes das *funções essenciais à justiça* possam ser cumulativamente cometidas *outras funções afins*, como as já contempladas tanto constitucionalmente como infraconstitucionalmente, como, por exemplo, a de *assessoria jurídica* (prevista constitucionalmente para a Advocacia Geral da União), a de *direção jurídica de empresas* (prevista no Estatuto da OAB) e mesmo certas *atribuições meramente burocráticas* (como as previstas nas Constituições dos Estados), mas sempre com o especial cuidado de que elas não sejam conflitantes com as suas missões constitucionais fundamentais.

8. Os sub-ramos orgânicos das funções essenciais à justiça

Consoante já se tem exposto sobre o tema desde 1989[27], todas as *funções essenciais à justiça* são essencialmente *ministérios advocatícios* "*lato sensu*", constitucionalmente instituídos não apenas para assegurar a defesa de pessoas e de seus bens, interesses e direitos, que milenarmente tem caracterizado a instituição da *advocacia*, como, também, em acréscimos advenientes em sua evolução histórica, para assegurar a tutela e sustentação de valores fundantes da civilização e, por isso, a salvaguarda dos próprios

ordenamentos jurídicos em que se incluem.

O progresso na especialização de funções advocatícias, que se vem processando desde há muito tempo no direito público brasileiro, alcançou sua culminação positiva na Constituição de 1988 com a introdução de todo um Capítulo dedicado às *funções essenciais à justiça*, não apenas por ter alçado toda a advocacia ao patamar constitucional, como por explicitamente caracterizar os seus distintos ramos de atuação – o ministério privado e os ministérios públicos, com seus sub-ramos – tendo como critério diferencial para a definição de cada um deles a especialização na cura de *interesses específicos*, que lhes foram respectivamente cometidos.

Desse modo é que se distingue: a *advocacia privada*, como sua *manifestação genérica* à qual cabe a promoção e defesa de todos os tipos de interesses, menos os reservados privativamente às suas *manifestações estatais*, e a *advocacia pública*, aqui tomada em sentido pleno, subdividida em três manifestações institucionais específicas, como adiante se exporá com maiores detalhes.

Essas três espécies funcionais de *advocacia pública* – expressão aqui tomada, reitere-se, em seu sentido amplo –, criadas todas pela Carta Política de 1988, *caracterizam três diferentes ministérios públicos da advocacia*, diferenciados, bem como as suas respectivas carreiras, consoante o critério da *especial, ainda que nem sempre exclusiva, tutela de interesses a* que cada um deles se dirige: *primo*, a *advocacia da sociedade*, cujas funções se voltam à promoção e defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conformando o *Ministério Público*, expressão empregada agora em seu sentido estrito[28], designativo da instituição; *secundo*, a *advocacia dos entes públicos*, cujas funções se especializam na promoção e defesa dos *interesses públicos primários e secundários* cometidos aos diversos entes estatais, políticos ou administrativos, constituindo, por isso, os diversos ramos da *Advocacia de Estado*[29], e, *tertio*, a *advocacia dos hipossuficientes*, cujas funções se dirigem à promoção e defesa dos interesses dos necessitados, constituindo a assim denominada *Defensoria Pública*[30].

Tem-se sustentado, desde a criação, pelo Constituinte de 1988, dessas funções e de suas respectivas carreiras públicas, em mais de vinte artigos e conferências produzidos durante esses últimos dezoito anos, a incidência dos seguintes *princípios constitucionais informativos das funções*

essenciais à justiça[31]: essencialidade, institucionalidade, igualdade, unidade, organicidade unipessoal, independência funcional, inviolabilidade, autonomia administrativa e autonomia de impulso, expostos, desde então, como modesto adminículo ao desenvolvimento de uma doutrina consistente sobre essas funções, na medida em que o Direito Público e, em especial, o Direito Administrativo ganham importância, nesta dinâmica era pós-moderna, como o *direito comum das sempre mais intensas e complexas relações jurídicas entre as pessoas e o Estado.*

9. Advocacia geral como ministério privado

O art. 133 da Constituição se refere ao ramo liberal da advocacia – o seu *ministério privado* – estabelecendo sua indispensabilidade à administração da justiça e as prerrogativas de inviolabilidade em manifestações profissionais, nos limites da lei, que é a vigente Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, que instituiu o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil – *OAB*.

A atuação desse ramo é exclusiva de *órgãos individuais* – os *advogados* – definidos como essenciais à função jurisdicional do Estado, plena e exclusivamente responsáveis por seus atos de ofício, embora possam associar-se com outros advogados para formar pessoas jurídicas registradas na OAB (art. 15 da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994).

A OAB é órgão coletivo de classe dos advogados, dotado de personalidade de direito público e independência constitucional, prestando serviço público essencial, tendo ainda como finalidades institucionais a defesa da Constituição, da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas, bem como a de promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados no País (art. 44 da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994).

10. A procuratura da sociedade – um Ministério Público *stricto sensu*

O Ministério Público, conforme o art. 127 da Constituição, é instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O Ministério Público atua através de *órgãos individuais*, que são os seus *membros*, dispostos coletivamente em carreiras nos âmbitos federal, estaduais e distrital-federal, para o desempenho de suas funções institucionais, elencadas no art. 129 da Constituição.

São seus *órgãos coletivos* de assento constitucional a Procuradoria-Geral da União, as Procuradorias-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e as Procuradorias-Gerais especializadas do Trabalho e da Justiça Militar, todas disciplinadas por suas leis complementares respectivas (art. 128, § 5º), aplicando-se aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas as disposições pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura (art. 130).

As *funções institucionais* do Ministério Público estão especificamente previstas (art. 129): promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais e, finalmente, expressado em cláusula aberta, exercer outras funções que lhe forem legalmente conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade institucional, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

11. A procuratura do Estado – uma Advocacia Pública

stricto sensu

Na União, nos Estados e no Distrito Federal atuarão necessariamente, como suas instituições permanentes, órgãos da *advocacia de Estado*.

Em âmbito federal, o art. 131 da Constituição cuida da definição do *órgão coletivo* da Advocacia da União – que poderá atuar diretamente ou através de órgãos vinculados – na representação judicial e extrajudicial bem como nas atividades de consultoria e de assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Distintamente, em âmbito estadual e distrital-federal, o art. 132 da Constituição abre às unidades federadas a opção política de organizarem seus respectivos órgãos coletivos da Advocacia de Estado, definindo os órgãos individuais de desempenho – os *Procuradores dos Estados* e *do Distrito Federal* – que deverão estar organizados em *carreira* única, ficando, portanto, implícita a obrigatoriedade da instituição infraconstitucional de seus próprios *órgãos coletivos*, que são as respectivas Procuradorias-Gerais dos Estados e a do Distrito Federal.

A Constituição deixou explícita a autonomia funcional e administrativa de seus referidos *órgãos coletivos* – a Advocacia-Geral da União e as Procuradorias-Gerais das entidades federadas – mas estão implícitas como essenciais à independência funcional de seus membros –, os Advogados e Procuradores de Estado –, pois que, atuando todos em defesa do Estado e se relacionando institucionalmente em face de todos os seus Poderes e seus órgãos despersonalizados, ainda mais dessas garantias necessitam para que lhes seja assegurado o desempenho desassombrado de suas funções, mantendo-se infensos a pressões de qualquer origem, mormente as de natureza político-partidiária.

Ainda com relação a este específico sub-ramo, deve-se assinalar que a ampliação e diversificação do Direito Administrativo contemporâneo têm determinado uma paralela expansão das atividades da Advocacia de Estado, valendo mencionar, à guisa de exemplos deste fenômeno, entre outros, o desenvolvimento da regulática, a propagação de agências reguladoras, o avanço da consensualidade, multiplicando as formas pactuais de acordos e contratos, o aperfeiçoamento do controle sobre as finanças públicas e a diversificação das soluções extrajudiciais de controvérsias, entre tantas outras, que estão se tornando o campo mais dinâmico de atuação das *funções essenciais à justiça*, com acentuada utilidade para o

desenvolvimento da *eficiência* e do *controle* das políticas públicas em todos os níveis de governo.

12. A procuratura dos hipossuficientes – uma Advocacia Pública *lato sensu*

As Defensorias Públicas, como *órgãos coletivos* deste sub-ramo, estão instituídas no art. 134 da Constituição, como essenciais à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhes a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, como determina e na forma do art. 5º, LXXIV, da própria Carta[32].

O comando constitucional deve ser interpretado sob a inspiração do seu princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), entendendo-se por *assistência jurídica integral* não apenas a assistência judiciária, como o assessoramento e a consultoria jurídica dos necessitados, entendidos como os que comprovem a *insuficiência de recursos* para o custeio privado desses serviços sem sacrificar-lhes o mínimo existencial.

O mesmo artigo dispõe em seus parágrafos sobre os *órgãos coletivos* deste sub-ramo das funções essenciais à justiça nos planos da União, do Distrito Federal e dos Estados-membros, explicitando-lhes a autonomia funcional e administrativa e dispondo os seus integrantes em carreira, a ser providos democraticamente pelo critério do mérito.

Por serem necessariamente *advogados*, os Defensores Públicos são órgãos individuais, atuando nesta qualidade com independência funcional quanto ao seu desempenho profissional, o que inclui – implícitos na orientação e defesa dos hipossuficientes – os deveres de vigilância e de promoção da tutela coletiva dos interesses que lhes são confiados.

13. Isonomia axiológica e funcional

13.1. A isonomia axiológica

A Constituição se ocupa de definir os *valores cardeais* relativos à vida social e ao exercício do poder do Estado.

A expressão desses valores se faz sob a forma da enunciação de *princípios*

constitucionais – embora não haja rigorosa identidade entre os *valores* tutelados e os correlatos *princípios* jurídicos, venham ou não positivamente enunciados.

Por inferência tópica da *classificação constitucional de princípios* adotada – que distingue três categorias, denominadas *fundamentais*, *gerais e setoriais* – poder-se-ia concluir pela existência de uma *hierarquização constitucional de valores*; o que não é, todavia, certo, pois não se está cogitando, no Texto Magno, de promover uma *hierarquização jurídica de valores*, mas, tão somente, de adotar-se uma *classificação jurídica de normas principiológicas* nele dispostas conforme o seu âmbito de atuação.

Não há, por exemplo, qualquer hierarquização entre o *princípio constitucional fundamental* que prescreve a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I) e um *princípio constitucional setorial*, como seria o da reciprocidade na ordenação dos transportes internacionais (art. 178).

Na verdade, os *princípios se aplicam sem se excluírem*, dosados que devem ser pela *ponderação* não apenas dos *valores* em jogo como das *consequências* que deles decorram, e sempre com a explicitação casuística dos *motivos* da atribuição de pesos diferentes a cada um deles, conforme as circunstâncias de cada caso.

13.2. A isonomia funcional

Assim, como já afirmado, se os *valores*, cuja específica tutela se confia a cada uma das distintas *funções essenciais à justiça, não são absolutamente hierarquizáveis*, tampouco, em consequência, justificar-se-ia qualquer hierarquia no desempenho de qualquer dela.

Se, apenas argumentando com uma simplista *reductio ad absurdum*, se cogitasse da possibilidade de uma ruptura da isonomia orgânica com relação a essas funções, disso decorreria necessariamente uma indevida hierarquização genérica dos respectivos interesses por elas tutelados.

É curial, portanto, que o *tratamento funcional isonômico* decorre expressamente do dever constitucional de *harmonia*, que é reciprocamente imposto, em cláusula abrangente, *indistintamente a todas as expressões constitucionais orgânicas e policráticas em que se manifeste a soberania no Estado Democrático de Direito.*

Vale lembrar que a *essencialidade funcional* também deve ser entendida no sentido da desejável *capilarização* de todas as suas três expressões, entendida tanto no contexto social quanto no contexto estatal, sem distinção hierárquica possível que apenas aquela diretamente decorrente da afirmação de sua *fundamentalidade*, tal como expressamente indicada nos Títulos I (Dos Princípios *Fundamentais*) e II (Dos Direitos e Garantias *Fundamentais*), inequivocamente abrangente e por igual de todas as *funções de provedoria voltadas à efetiva realização dos valores constitucionais.*

Afirmou-se, em consequência, que essa atuação, assim referenciada, demanda, com inegável razão, o especialíssimo *status* estabelecido paritariamente *para as Procuraturas estatais*, a garantir-lhes a plena *independência técnico-funcional* em relação a quaisquer dos Poderes ou das demais funções constitucionalmente autônomas do Estado, sendo o que claramente se tem instituído no Título IV da Carta, que, como salientado, organiza, em *todos* os seus quatro Capítulos, essas funções constitucionais essenciais para a execução de diferentes aspectos técnicos de fiscalização e de provedoria que são próprias do poder estatal.

Observe-se que a sobrevivência patológica de práticas perversas, mas infelizmente disseminadas, conduzem, por vezes, a enormes distorções, sendo a mais grave delas o estorvar, quando não impedir que as *Procuraturas Constitucionais* exerçam, com altivez, a dignidade e a eficiência que a Carta Magna delas exige, a plenitude de seus respectivos múnus, notadamente no exercício do *controle* que lhe cabe dos *superiores interesses da ordem jurídica do Estado confiados à sua cura*, tanto o exercido pela postulação judicial quanto pelas vias extrajudiciais competentes.

14. A caminho do Estado de justiça

14.1. Racionalidade e eficiência

As *funções essenciais à justiça* têm pela frente um árduo caminho para que, efetiva e satisfatoriamente, cubram o vasto espectro de atividades compreendidas em suas competências. Talvez as expressões mais exigentes dessa atuação ainda estejam por vir, em razão do agravamento e da

premência dos fatos nas sociedades de risco contemporâneas.

Diante disso, sua excepcional situação funcional, como *órgãos da sociedade insertos no Estado,* se lhes impõem acrescidos deveres que não são mais meramente reativos, sobre fatos ocorridos ou em curso, mas proativos, pois apenas pela previsão e pela antecipação podem efetivamente servir à *justiça*.

Tome-se como exemplo, entre tantos que poderiam ser levantados, os que decorrem do dever de *prevenção*, como primeira linha de defesa dos valores e dos múltiplos interesses postos à cura de suas três expressões constitucionais nos Estados em que a democracia exige mais do cidadão que o simples cumprimento ritualístico do sufrágio eletivo. As funções essenciais à justiça, cada uma delas em seu âmbito de atuação, não deixam de ser órgãos visceralmente democráticos e, por isso, cabe-lhes assumir um protagonismo saudável no apoio da cidadania, como pioneiramente já o tem feito o Ministério Público.

O Ministério Público, registre-se, tem sido pioneiro neste tipo de atuação, no exercício de sua função institucional de promover o inquérito civil e a ação civil pública (art. 129, III, da CF), apresentando resultados animadores e promissores.

Com efeito, se há um inafastável *dever constitucional* do Estado de efetivamente atingir *resultados* que concorram para o atendimento de interesses públicos, segue-se que aos governos não é dado se omitirem, tergiversarem, nem falharem no desempenho de seus elementares cometimentos de *planejamento*, de *orçamentação*, de *execução* e de *autocontrole* dessas atividades. Aí está um dos traços marcantes da auspiciosa passagem, apontada por autores atualíssimos, *da democracia de participação à democracia de eficiência*.

Em outros termos, tem-se hoje o imperativo lógico de *racionalização* das atividades governamentais não mais como mera política de governo, mas como um *mandamento constitucional*. E isso é tão importante que a própria Constituição brasileira, ao tratar da *atuação do Estado na ordem econômica*, o reitera enfaticamente ao determinar que, como agente normativo e regulador, *o Estado exercerá funções de incentivo e de planejamento econômicos* (art. 174 da CF) – uma expressão que não deixa alternativa jurídica à passividade, ao improviso e ao desacerto, mas indica uma atitude proativa dos que têm a missão de zelar pelo seu cumprimento e

pelos valores democráticos.

Ainda mais, acrescenta esse dispositivo constitucional que o *planejamento de Estado*, embora seja apenas *indicativo* para o setor privado da economia, é efetivamente *determinante para o setor público*. Vale dizer: por ser *determinante*, na hipótese de qualquer governo vir *a desenvolver atividades de conteúdo econômico sem o devido planejamento, logicamente estará descumprindo o mandamento constitucional*.

Com efeito, o Estado está submetido, pelos incisivos termos do art. 174 da Constituição, ao imperativo expresso do *planejamento determinante*, o que vale dizer que, nessa particular área de *atuação econômica, o signo da ação programada se revela especialmente relevante*, como, conferindo a máxima efetividade a esse dispositivo constitucional, *Lúcia Valle Figueiredo* não hesita em apontar a possibilidade, em tese, de *imputar-se ao Poder Público uma eventual responsabilidade por dano decorrente do planejamento*, em brilhante artigo de sua lavra[33].

Portanto, indo mais um pouco avante, pode-se afirmar que, no caso de tais atividades de conteúdo econômico serem praticadas pelo Estado sem planejamento ou com planejamento deficiente ou inadequado, e, ainda, como agravante, de elas não apresentarem *resultados* compatíveis com os objetivos fundamentais postos no art. 3º da Constituição, mesmo que não venham a causar danos a direitos subjetivos individuais, caracterizar-se-ão como uma grave ofensa a um claríssimo comando procedimental da Carta e, implicitamente, uma agressão aos direitos constitucionais difusos da cidadania a um desempenho governamental *legítimo*. Afinal, seria irracional admitir-se que aos governos fosse juridicamente legítimo malbaratar recursos públicos em políticas irrealistas, infundadas, improvisadas e infrutíferas para a efetiva realização do bem público.

Em suma: a *racionalização* das atividades dos governos não mais deve ser considerada apenas como mera *aspiração ético-política* da sociedade, uma vez que já se a erigiu constitucionalmente a *direito difuso* – e, por isso, tornou-a *exigível por toda cidadania*, em todos os níveis políticos e, de modo especial, posta sob a vigilância e da atuação preventiva e corretiva que, conforme as circunstâncias, a enquadrará na competência de zeladoria de um ou mais de um órgão exercente de função essencial à justiça.

14.2. O fenômeno da juridicização da política e da

administração pública

A indagação que não cala nas sociedades contemporâneas é a de *como o Direito deverá tratar a irresponsabilidade na direção político-administrativa da formulação e da execução das políticas públicas*, ou seja, como o *direito*, a velha ciência e arte da convivência pacífica e segura, poderá contribuir para que a *política* seja efetivamente a verdadeira arte do bem-estar dos povos e não um jogo de poder de tiranos, oligarcas, burocratas ou, mesmo, de maiorias radicais.

A resposta, embora tardiamente para algumas gerações que viveram as incertezas do século 20, está chegando com a paulatina *juridicização da política*, um fenômeno xifópago da *politização do direito*, como resultado de um longo processo de duas mãos, que só se tornou evidente e ganhou universalidade, recentemente, graças à disseminação da *informação* e com o reviver da *democracia substantiva*, depois de duramente questionada em sai expressão censitária pelas ideologias e ecas autocracias que dominaram a cena política durante esse "*século curto*" cunhado por *Hobsbawn*.

O dado auspicioso é que os frutos dessa reversão de expectativas, tanto para a política quanto para a administração, já estão começando a beneficiar as sociedades de vanguarda neste início de século, amadurecidas aos ventos outonais das mudanças, destacando-se, particularmente, esses três fenômenos entrelaçados: *a constitucionalização dos resultados das atividades administrativas do Estado, a juridicização do desempenho dos agentes político-administrativos*, institucionalmente incumbidos da satisfação dos interesses públicos confiados pela ordem jurídica às entidades estatais, e a *consequente judicialização do controle de resultados.*

14.3. A ética e a administração de resultados

A ética gira em torno de um dilema: o que é bom e o que é mau. Mas o bom pode ser tão somente um pré-conceito pessoal, como, também, um fato concreto – o *resultado* de uma ação. Na política, coube a MAX WEBER[34] equacionar adequadamente esse dilema, sobre qual seria a *justa postura moral do agente público* que devesse tomar decisões e administrar interesses de terceiros, ou seja: se lhe bastariam apenas suas boas *intenções* para justificar-se-lhe a conduta – e ter-se-ia uma *ética da intenção* – ou se

seria necessário que efetivamente ele atingisse os proveitos dela esperados – e ter-se-ia uma *ética do resultado*.

Não obstante, como é de geral sabença, os agentes políticos e administrativos, aqui e alhures, insistem em proclamar com destaque os acertos de suas *intenções* para encobrir os desacertos e a miséria dos *resultados* de suas ações... não obstante, weberianamente, a ética que se lhes deva aplicar só possa ser a *ética dos resultados* – pois a ninguém se obriga assumir responsabilidades de zelar e de promover o bem de todos – de modo que, se alguém a tanto se abalança por sua livre vontade, decidindo e administrando interesses alheios, é justo que, perante todos os comitentes, tal agente responda pela *eficiência* de seus atos, tal como na vida privada se exige de um procurador ou de um gestor de negócios, que, do mesmo modo, empregam em confiança *recursos* alheios para satisfazer *interesses* igualmente alheios.

Assim se chega à conclusão de que, nessas condições, se no plano *moral o bom resultado* é exigível e, do mesmo modo o é no plano do *direito privado*, com muito mais razão deverá sê-lo no plano do *direito público*, em que os *recursos* empregados e os *interesses* a serem satisfeitos não são os do agente e, nem mesmo, dos particulares, mas são os da *sociedade*, ao que se acresce que as *investiduras públicas*, que têm os ônus de sua satisfação, tampouco a ninguém são *impostas*, senão que são *voluntariamente assumidas* através da competição qualificadora em certames públicos.

O que até aqui se depreende é que a Constituição de 1988, com louvável antecipação, já estabelece todo o fundamento necessário para a afirmação e aplicação em nosso País da doutrina da, assim denominada, *administração de resultado*, ou seja: *confere uma base institucional da legalidade finalística* ou, melhor ainda, para usar da denominação corrente da literatura italiana e por envolver também a *legitimidade*: como base institucional da *juridicidade finalística*, no direito público brasileiro.

Mais do que isso e em reforço, para tanto, o legislador constitucional aparelhou a sociedade e o Estado para atuar preventiva e corretivamente a partir da ação reativa e proativa dos órgãos exercentes das *funções essenciais à justiça*.

14.4. Ganha ímpeto a administração de resultado

Há algum tempo se vem tratando desse tema, já não mais circunscrito apenas ao plano *ético*, mas, de um modo ampliado e especializado, em suas aplicações *sociológicas*, políticas, *econômicas* e, mais recentemente, *jurídicas* e *jusadministrativas*, como, nesta Disciplina, destacada e proficientemente o tem feito LUCIO IANNOTTA[35], Professor de Direito Administrativo da Escola Superior de Economia e Finanças da Universidade La Sapienza de Roma, apontando, especificamente, na origem das considerações sobre a *administração de resultado no Direito Administrativo*, as especulações iniciadas na *new economy* anglo-saxônica, entendida como *"um modelo... que põe as administrações como fatores potenciais do desenvolvimento econômico"*, sempre que os governos desempenhem *eficientemente* os seus cometimentos constitucionais.

É trabalhando nesta linha de vanguarda, que expõe, em síntese, aquele autor, que *os elementos básicos do Direito Administrativo se encontram em perfeita coerência com as exigências atuais do mundo econômico*, pois que um dos pressupostos comuns, fundamentais à teoria do desenvolvimento, às reformas administrativas empreendidas e ao Direito, é a *certeza de bons resultados*, notadamente em se sabendo que a *implementação das decisões políticas* demanda, cada vez mais, altíssimo grau de competência e de especialização, daí a necessidade de se dispor sob nova forma *essa missão pública de tutela jurídica dos interesses das pessoas, como destinatárias, que são, de seus esperados resultados*, pois que o escopo da justiça no campo do Direito Administrativo *não se pode apartar da efetiva realização dos direitos humanos fundamentais*[36].

A primeira visão que se oferece é, portanto, a de que, com a *administração de resultado*, se trata de *ampliar o enfoque de controle de juridicidade*, para que ultrapasse os clássicos *controles políticos de legalidade*, instituídos nos processos da democracia representativa, assim como os tradicionais *controles jurídicos de legalidade*, consolidados nos processos do direito administrativo, penal e civil, para compreender, alargadamente, um amplo *controle jurídico de juridicidade* – dotado de definição constitucional e processamento administrativo próprios.

Especula-se, portanto, como os novos referenciais do Direito Público, hoje aplicados ao campo do Direito Administrativo, estão abrindo a auspiciosa oportunidade de encerrar um ciclo histórico de controle precipuamente, senão meramente formal, da Administração Pública e de

iniciar um novo – que superará a longa fase em que seu objeto era apenas a legalidade da manifestação da vontade na ação administrativa para endereçar-se também ao controle, mais extenso, da *juridicidade do resultado* da ação administrativa – *o que somente se possibilitará pela plena expansão das potencialidades constitucionais das funções essenciais à justiça*.

Tal superação, uma vez conquistada, será, seguramente, o grande salto de qualidade da Política e do Direito contemporâneos no que concerne à *concreta satisfação dos interesses da sociedade cometidos ao Estado*, entendida, esta contingência do *princípio da eficiência*, como uma necessária e inafastável implicação da transformação em curso do Estado moderno – o *Estado de Direito* – para o Estado pós-moderno – o *Estado Democrático de Direito*, instrumentada como jamais estiveram as sociedades humanas com esses poderosos e capilarizados instrumentos de controle, provedoria e defesa, como os que são cometidos às *funções essenciais à justiça*.

Esse notável avanço, que se registra, desde logo, na *hermenêutica constitucional contemporânea*, como implícito na *vocação de bem servir* – que é própria e indissociável da função administrativa cometida ao Estado[37] –, vem aparelhando as sociedades para terem acesso a um tipo ultimado de controle, que não se cinge à mera tutela dos valores contidos no conceito da *legalidade* tradicional, senão que, indo mais além, se estende aos *valores* que se compreendem no conceito da *legitimidade* democrática pós-positivista.

Resulta, portanto, essa nova postura de *controle*, do amadurecimento da própria ideia do Direito, tal como brilhantemente empreendida por uma plêiade de grandes juristas do final do século vinte, que, superando o positivismo, que tinha na lei o único referencial ético-jurídico e se esgotava no conceito de legalidade, caminhou em direção a um pós-positivismo, ainda hoje em construção, que amplia este referencial por obra de uma nova hermenêutica, alcançando, com o *conceito de legitimidade*, uma visão estendida e integrada da *juridicidade*, tal como acima exposta exordialmente a este trabalho.

14.5. A expansão constitucional do domínio administrativo e as funções essenciais à justiça

A renovada concepção de *juridicidade*, operada pela benéfica expansão constitucional ocorrida nas décadas finais do século passado sobre domínios até há pouco tempo reservados a uma destacada e quase estanque atuação da Administração Pública, então entendida como um "Poder do Estado", nada mais representa que uma consequente expansão infraconstitucional aplicativa dos *direitos fundamentais*, um fenômeno que se vem celeremente disseminando no campo do Direito Administrativo, para fazê-los valer como uma coerente extensão do tradicional *poder-dever* do Estado para realizá-los concreta e materialmente.

Este assim renovado e especial aspecto do clássico conceito de poder-dever já havia sido observado e destacado por PETER HÄBERLE[38] ao identificar o que denominou de *duplo caráter dos direitos fundamentais*: de um lado, o aspecto de *direito institucional (institutionelle Seite)*, de consideração mais antiga, como a "*garantia constitucional de esferas de vida reguladas e organizadas segundo princípios de liberdade, que por causa de seu sentido objetivo-institucional, não se deixam enclausurar no esquema 'liberdade individual – limite à liberdade individual', se revelam à relação unidimensional indivíduo-Estado e não se deixam fundar apenas sobre o indivíduo*". E, de outro, "*um aspecto de direito individual*: *são 'direitos da pessoa'*".

A característica, de *direito individual*, já havia sido prenunciada por MAURICE HAURIOU, em seus notáveis *Princípios*, ainda no começo do século passado, como nos dá conta a extensa pesquisa empreendida por MICHEL FOULQUIER[39], vazada em erudita tese sobre os *direitos públicos subjetivos dos administrados*, intitulando, provocativamente, o Capítulo em que trata do tema, de "*O poder público: uma prerrogativa necessariamente no comércio jurídico*".

Mas esse renovado conceito, que se derivou do *princípio da centralidade da pessoa* no complexo juspolítico e como sua própria razão de existência, põe hoje em destacada evidência a *função de serviço*, que lhe é imanente, anunciada em doutrina sob a designação de *Estado de Serviço* e sintetizada por UMBERTO ALLEGRETTI em duas expressões: "*dever do Estado é* o serviço dos direitos" e, por isso, "*dos direitos dos cidadãos derivam os deveres do Estado e* a missão da administração".[40]

Alcançam-se, destarte, novas e épicas culminâncias nessa histórica "*luta*

contra as imunidades do poder", na feliz expressão de *Eduardo García de Enterría*[41], cunhada há mais de quatro décadas, como título de sua clássica conferência, pronunciada na Faculdade de Direito da Universidade de Barcelona, em 2 de março de 1962, na qual, com sua habitual mestria, narra esse longo e heroico processo que, em verdade, se desenrola há duzentos anos, ou seja, praticamente desde o nascimento do Direito Administrativo.

É nesse importante ensaio que ENTERRÍA aponta como campos de embate nessa luta três blocos de atos nos quais se encastelavam os amplos poderes insindicáveis da Administração, como anacrônicos e renitentes remanescentes do poder real – os *atos discricionários*, os *atos políticos* e os *atos normativos* –, e em que afirma em conclusão, à época como voz peregrina, mas hoje já não suscitando maior espanto, que "*O poder administrativo é, por si, um poder essencial e universalmente sindicável*... mas não é um poder soberano".[42]

14.6. Desafios postos às funções essenciais à justiça no alvorecer de um novo século e milênio

Sem pretensões de aprofundamento especulativo, embora mantendo a sempre devida preocupação sistemática, passa-se a examinar, sob outro ângulo – o que se propõe *a partir da eficácia constitucionalmente reconhecida aos direitos fundamentais* –, o desdobrar das duas fases dessa "*luta*", em que, a partir de sua reestruturação constitucional, as *funções essenciais à justiça* deverão desempenhar papel protagônico, sintetizado neste trabalho, em que se procurou apresentar o tema, partindo do *controle da vontade na ação da Administração Pública* para chegar ao *controle do resultado da ação da Administração Pública*, ou seja, em última análise: trata-se da derrubada da última barreira de *injuridicidade* na gestão dos *interesses públicos* e da consequente abertura à garimpagem do mais novo filão de *controle de responsabilidade na ação político-administrativa* de seus agentes.

Pretendeu-se evidenciar e marcar a crescente *importância juspolítica das funções essenciais à justiça*, enfatizando a sua ímpar situação constitucional que lhe assegura a imprescindível *independência funcional* de que desfrutam como órgãos intermediários entre a *sociedade* e o *Estado* – afirmando a *indispensabilidade* de todas e de cada qual, em seus

respectivos campos de competência, por serem, as suas missões, pela própria natureza constitucional de seu cometimento, todas igualmente essenciais para a construção do que se entende como uma *sociedade livre, justa e solidária*.

É necessário entendê-las, assim – a esses formidáveis *instrumentos de ação jurídica da sociedade, constitucionalmente inseridos na estrutura Estado* – criadas com a especial incumbência de proverem, pelo controle e pela promoção, a *realização dos valores constitucionais* e dos decorrentes princípios jurídicos que os refletem.

Está-se, assim, de pleno, no campo da *realização da cidadania* – este que, acertadamente, a Constituição de 1988 primou por elevar, prestigiar e instrumentar, particularmente ao institucionalizar as funções essenciais à justiça, devendo-se, por isso, frisar essa peculiaridade, que tanto escapa à percepção de quem se satisfaz com uma alígera leitura de nossa Carta Política, que é o fato de que, em última análise, elas *são instrumentos essenciais*, por certo, *à justiça*, como está explícito, mas, acima de tudo, por sua guarda dos direitos fundamentais, elas *são essenciais à própria existência de um Estado Democrático de Direito*.

Funções *no Estado*, nas não *do Estado*, senão que são *da sociedade*: eis a essência da *independência funcional* da advocacia, com seu viés democrático assegurado pelo acesso a todos pelo critério do mérito.

Essa peculiaridade é bastante fundamento para a plena autonomia institucional da advocacia – privada ou pública – notadamente de sua insubordinação à esfera político-administrativa, pois só assim poderão prevalecer os *valores jurídicos* tanto sobre critérios políticos em jogo como sobre critérios administrativos que possam ser invocados.

Na verdade, no Estado contemporâneo, em que não se apresentam com a mesma nitidez e integridade os assim denominados “Poderes do Estado”, esta noção está sendo revista, prevalecendo o conceito da *unidade do poder estatal* e o da *multiplicidade de suas expressões funcionais.* A noção de *Poder Estatal* não é mais que um resíduo histórico de uma era construído sobre um tropo de linguagem, que imputa à parte a qualidade própria do todo.

Corroborando a noção de que o modelo proposto por MONTESQUIEU está superado, colhe-se a lição de PAULO BONAVIDES, citando trecho de COSTE-FLORET:

"Pois que é indubitável que a soberania é una, é impossível admitir com o sistema presidencial que existem três poderes separados. Mas porque a soberania é una, não é preciso concluir que todas as funções do Estado devem ser necessariamente confundidas. Para realizar uma organização harmônica dos poderes públicos, é preciso ao contrário construí-los sobre o princípio da diferenciação das três funções do Estado: legislativa, executiva e judiciária. Para tomar de empréstimo uma comparação simples à ordem biológica, é exato por exemplo que o corpo humano é uno e todavia o homem não faz com os olhos o que tem o hábito de fazer com as mãos. É preciso que ao princípio da unidade orgânica se junte a regra da diferenciação das funções. Há muito tempo que a regra da separação dos poderes, imaginada por Montesquieu como um meio de lutar contra o absolutismo, perdeu toda a razão de ser".

Não temos dúvida por conseguinte em afirmar que a separação de poderes expirou desde muito como dogma da ciência[43].

Como se tem sustentado em outro trabalho[44], as *funções essenciais à justiça*, além de sua grande importância para a manutenção do Estado Democrático de Direito, são, na verdade, fundamentais para a construção de um *Estado de Justiça*:

De um lado, os três Poderes tradicionais, principalmente o Poder Judiciário, têm a seu cargo a correção, e, de outro, as funções essenciais à justiça e à sociedade cuidam da fiscalização e da provocação. Trata-se de um novo esquema de distribuição de poderes, que, embora mantenha nos Poderes orgânicos o seu mais importante centro de decisão sobre a juridicidade, descentraliza democraticamente nas funções essenciais à justiça, nos indivíduos, nas empresas, nas associações e nas instituições privadas, em geral, inúmeras funções de fiscalização e de provocação. Sobretudo, e em última análise, devolve-se ao povo a fração politicamente ativa da sociedade, a decisão final sobre a legitimidade e a moralidade, pelo exercício da participação.

Esse Estado contemporâneo, imensamente mais aberto e dinâmico que seus antecessores, já não mais é uma torre de marfim, inatingível e distante, na qual os três Poderes dividiam entre si as responsabilidades do Governo, *lato sensu*, quando não o *dictat* da juridicidade. O novo Estado, ao se reaproximar da sociedade, a que deve servir, a ela religou-se por

> milhares de *vínculos de direito*, todos eles regidos por uma ordem jurídica cada vez mais abrangente dos valores da legitimidade e da moralidade, dos quais destacam-se os vínculos políticos institucionais da participação e os vínculos políticos *institucionais de fiscalização e de provocação; esses, confiados, maciçamente às procuraturas constitucionais.* (...)[45] (grifo nosso).
>
> Em suma: o que se há de entender como *constitucionalmente essencial à justiça no Estado Democrático de Direito* é que cada uma dessas *funções essenciais* instituídas atue com independência, em seu respectivo espaço de competência, atentas à lição civilizadora da História: onde há *poder* deve haver *direito – ubi potestas, ibi ius* – e, por isso, onde há direito, deve existir necessariamente o seu *controle*, dotado de fiscalização, promoção e defesa *independentes*.

Este é o seguro caminho da realização, quem sabe ainda neste século, do *Estado de Justiça*, como o batizou com felicidade CARLOS CASSAGNE – *pois pior que a ilusão de direitos é a ilusão da garantia dos direitos*, triste situação a que estão condenadas as sociedades nos Estados que se mostram débeis no desempenho dessas nobres funções constitucionais de *provedoria de justiça*, cometidas às advocacias *lato sensu*, sem distinção de especialização ou de institucionalização.

É normal, assim, que amiúde seja necessário enfrentar problemas referentes às *próprias definições ônticas dessas funções e de seus limites*, que surgem em razão mesmo de suas novas características, entre as quais a relativamente nova *concepção constitucional*, a progressiva *extensão dos interesses envolvidos* e, inegavelmente, a *crescente complexidade* de que se revestem as funções, destacando-se, como uma dessas necessidades teóricas emergentes, a de manter a continuidade da apreciação crítica de seu funcionamento em nível nacional.

Por fim, encerrando este ensaio, é importante que se considere ainda a formidável importância para a paz social e desenvolvimento institucional dos países neste início de século, o notável papel de intermediação construtiva que podem e devem desempenhar as *funções essenciais à justiça* no contexto inquietante do crescimento global contemporâneo dos *contrapoderes*, que, se não forem adequadamente canalizados, poderão criar inúmeros obstáculos ao Estado Democrático de Direito. Como funções da sociedade *no* Estado, nelas, mais do que em quaisquer dos institutos

tradicionais, encontrar-se-á a chave para a superação desse novo desafio.

1 Bacharelado e doutorado pela ex-Universidade do Brasil. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Procurador-Geral do Estado da Guanabara. Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa, orientado por Marcello Caetano. Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Candido Mendes. Membro da Academia de Direito e Ciências Sociais de Buenos Aires e do Instituto Francês de Constitucionalistas. Bibliografia com 71 livros, sendo 20 como autor, 39 como coautor, 2 como coordenador e 2 como homenageado. Presidente do Instituto Atlântico, do qual é fundador. Presidente de Honra do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro – IDAERJ, do qual é fundador. Vice-Presidente de Honra do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado – IIEDE, Árbitro internacional e consultor jurídico de escritórios de advocacia e de entidades públicas e privadas.

2 GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991. p. 20 e 21.

3 Cf. POPPER, Karl R. *Open Society and its Enemies*. 5. ed. rev. Princeton: Princeton University Press, 1971.

4 Cf. RIVERO, Jean. À propos des métamorphoses de l'Administration d'aujourd'hui: démocratie et administration. In: *Mélanges offerts à René Savatier.* Paris: Dalloz, 1965, p. 827.

5 GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito*, cit., p. 21.

6 Como, em sede de alta jurisprudência recente, tersamente expressa CARLOS AYRES DE BRITTO, "*O Poder Público está vinculado não apenas à legalidade formal, mas à juridicidade*" (In: relatoria da *Ação Declaratória de Constitucionalidade* (ADC) 12, julgada em 19 de agosto de 2008 no Supremo Tribunal Federal).

7 Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, com a proposta de sua Teoria do Discurso.

8 Aqui se utilizando a distinção, sobre a qual trabalha com mestria MARIE-ANNE FRISON-ROCHE, em Le droit d'accès à la justice et au droit, In: *Libertés et Droits Fondamentaux*, dirigido por RÉMY CABRILLAC, a própria autora e THIERRY REVET (14. ed. Paris: Dalloz, 2008, p. 472-484).

9 Atos jurídicos constitucionais, como concretização de funções jurídicas constitucionais, vêm bem desenvolvidos na doutrina de MIRANDA, Jorge. In: *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, item 148 – *Actos jurídico-públicos e actos jurídico-constitucionais*, p. 278.

10 SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s).* Madrid: Trotta, 2003. p. 124.

11 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de LUIS AFONSO HECK. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. p. 25.

12 HESSE, Konrad, *Elementos, cit.,* p. 26.

13 KÄGI, Werner. *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates* (*A Constituição como ordenamento jurídico fundamental do Estado*). Berlim: 1945. p. 40 e ss.

14 BAUMLIN, Richard. *Staat, Recht und Geschichte*. Zurich: EVZ, 1961. p. 8 e ss.

15 CHEVALIER, Jacques. *L'État post-moderne*. Paris: LGDJ. 2003 e ss.; BECK, Ulrich. *La Societé du Risqué*. Paris: Aubier, 2001, *passim.* LAGADEC. Paul. *La Civilisation du Risque*. Paris: Seuil, 1991, *passim*.

16 Tal como se lê no art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil.

17 Título II da Constituição Federal (arts. 5º a 17).

18 Título I da Constituição Federal (arts. 1º a 4º).

19 Art. 5º, § 3º. *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*. (Constituição Federal).

20 CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito, cit.,* p. 435, fundamentando-se, por sua vez, em nota (71), em ponderável elenco: HESSE, *Grundzüge*, cit., p. 112; K. STERN, *Staatsrecht*, vol. I, p. 470; BADURA, *Die parlamentarische Demokratie*, In: INSENSEE/KIRCHOF, *Handbuch*, vol I, p. 971 e ainda, sobre os direitos fundamentais como fundamento da democracia, a obra coletiva *Grundrecht als Fundament der Demokratie*, organizada por J. PERELS, Frankfurt/M, 1979; D. GRIMMER, *Demoktratie uns Grundrechte*, p. 298, lembrando ainda, na doutrina espanhola, a análise que qualifica de excelente, da lavra de E. PEREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, cit*., p. 224 e ss.

21 Cf. arts. 130-A, § 2º, I, e 133 da Constituição Federal.

22 Cf. arts. 129, i, ii, iii, iv, v, vii; 131, *caput*; 132 e 134 da Constituição Federal.

23 *Percorsi del nuovo Constitucionalismo*. Pronunciada em 15 de setembro de 2005, Università degli Studi di Milano.

24 RODOLFO SACCO, Professor da Universidade de Turim – ilustre colega de Norberto Bobbio e membro da *Academia dos Lince*s, é que o afirma em sua *Antropologia Jurídica*, recentemente publicada (*Antropologie Juridique*. Paris: Dalloz, 2008. p. 29: "*Tout ce qui est réel est dominé par la diversité*").

25 BYDLINSKI, Franz. *Juristische methodenlehre und rechtbegriff*, 1982. p. 128.

26 MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodenlehre.* 3. ed., 1989. p. 27.

27 São dois trabalhos, nesse ano, sobre a matéria: a tese – *O procurador do Estado na Constituição de 1988* – apresentada ao XV Congresso Nacional de Procuradores do Estado, Natal, RN, 1989, e o artigo – *As funções essenciais à Justiça na Constituição de 1988* – publicado na *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 43, 1991, p. 30 a 40.

28 Arts. 127 e ss. da CF. *As funções do Ministério Público*, embora necessariamente pressupondo a *plena formação e a condição subjetiva de advogado*, uma vez que os postulantes deverão estar devidamente inscritos no órgão colegiado corporativo próprio para concorrer ao ingresso em suas carreiras, são incompatíveis com o exercício da advocacia (art. 128, II, *b*, da CF), mantendo-se, os seus membros, apartados do quadro da Ordem dos Advogados do Brasil, enquanto em atividade.

29 Arts. 131 e 132 da CF. As *funções de Advocacia de Estado* estão explicitamente disciplinadas na Constituição Federal apenas as referidas ao serviço da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal, remanescendo para as Constituições Estaduais e para a Lei Orgânica do Distrito Federal disporem sobre suas respectivas carreiras. Quanto aos Municípios, as suas respectivas Leis Orgânicas Municipais são competentes para instituir regimes próprios de prestação da advocacia a serviço desses entes e de suas autarquias e fundações públicas, tanto se valendo de advogados ou procuradores municipais institucionais, investidos com ou sem exclusividade de funções, como de advogados privados, neste caso, sob contratação civil ou trabalhista.

30 Art. 134 da CF.

31 Estes *princípios* foram assim descritos e caracterizados em trabalhos anteriores:

A *essencialidade* está afirmada na própria designação constitucional das funções. Estas não podem deixar de existir com as características e roupagem orgânica que lhes são próprias, nem tolhidas ou prejudicadas no seu exercício. Sua essencialidade, em última análise, diz respeito à manutenção do próprio Estado Democrático de Direito e à construção do Estado de Justiça.

A *institucionalidade* também resulta evidente da própria criação constitucional; explícita, no caso do Ministério Público (art. 127), da Advocacia Geral da União (art. 131) e da Defensoria Pública, e implícita, quanto aos Procuradores de Estado e do Distrito Federal (art. 132).

A *igualdade* decorre da inexistência de hierarquia entre os interesses cometidos a cada uma das funções essenciais à Justiça; a igual importância das funções determina a igualdade constitucional das procuraturas que as desempenham.

A *unidade*, que consiste na inadmissibilidade de existirem instituições concorrentes, com a mesma base política e com chefias distintas, para o exercício das funções cometidas a cada procuratura, está explícita no art. 127, § 1º, ao tratar do Ministério Público, e no art. 127, § 1˚, quando faz menção à Advocacia Geral da União; implícita, para os Procuradores de Estado e do Distrito Federal e para a Defensoria Pública, conforme revelação dos arts. 132 a 134. A organicidade unipessoal decorre da fundamental e genérica condição de advogado, tal como estabelecida no artigo 133 da Constituição. Cada agente das procuraturas constitucionais é um órgão individual, para empregar nomenclatura de Marcelo Caetano, com sua natureza institucional. Isso está explícito para os Procuradores dos Estados e Distrito Federal (art. 132), mas fica implícito para os membros das demais procuraturas constitucionais.

A *independência funcional* diz respeito à insujeição das procuraturas constitucionais a qualquer outro Poder do Estado (ou a outra função constitucionalmente autônoma) em tudo o que tange ao exercício das funções essenciais à justiça.

A *inviolabilidade* é um consectário da independência funcional no que respeita às pessoas dos agentes públicos das procuraturas constitucionais. Assim como nenhum dos Poderes pode interferir no desempenho das funções essenciais à justiça, nenhum deles pode constranger, por qualquer modo, até mesmo pela manipulação de remuneração ou de qualquer outro modo, o agente nelas investido. O princípio ficou explícito genericamente, no artigo 135 da CF, para todas as funções essenciais à justiça, mas há garantias específicas de vitaliciedade e de inamovibilidade que privilegiam os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública. Ainda assim, a mobilidade dos membros da Advocacia-Geral da União e das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal não poderá ser arbitrária, mas, ao contrário, sempre com motivação transparente, para que não encubra e mascare atentados à independência funcional e à inviolabilidade de seus agentes.

A *autonomia administrativa* consiste na outorga às procuraturas constitucionais, da gestão daqueles meios administrativos necessários para se lhes garantir a independência para atuar, mesmo contra os interesses de qualquer dos Poderes, notadamente do Poder Executivo, de cuja estrutura administrativa se vale. Trata-se, portanto, de uma condição constitucional para que prevaleçam, na prática, todos os demais princípios, tal como a Carta Política de 1988 veio a reconhecer também como imprescindível a expandir a autoadministração do Poder Judiciário (arts. 96, I, II e III, e 99). Da mesma forma, para o Ministério Público, o alcance dessa autonomia está definido explicitamente no artigo 127, § 2º, deixando-se implícito o princípio, no tocante às demais procuraturas, para ser considerado nas respectivas Constituições e leis orgânicas, conforme o caso.

A respeito da ausência de explicitação constitucional sobre a autonomia administrativa e financeira dos órgãos da Advocacia de Estado, colha-se a elucidativa ponderação desenvolvida pelo Ministro JOSÉ AUGUSTO DELGADO e recolhida em palestra de sua Excelência, posteriormente impressa: “O Ministério Público é o defensor da sociedade, a Defensoria Pública dos pobres, na forma da lei, e as Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal defendem os Estados e o DF, além de integrarem o Capítulo IV Das Funções Essenciais à Justiça. Portanto, indaga-se: Qual o motivo do tratamento diferenciado dentre as funções essenciais à justiça? Por que somente os procuradores dos Estados e do Distrito Federal não podem ter autonomia?”. E, por isso mesmo, conclui o douto magistrado: ”Consagrado está, segundo o nosso entendimento, em face da integração das Procuradorias dos Estados no Capítulo III da Constituição e do seu reconhecimento de ser atividade essencial à atividade Judiciária, o propósito do legislador constituinte de considerá-las como instituições independentes, autônomas, com princípios próprios que regem os seus destinos”.

A *autonomia de impulso*, por fim, é o princípio fundamental da atuação de todas as procuraturas constitucionais. Ele preside e orienta o poder-dever desses órgãos de tomar todas as iniciativas que lhes são abertas pela Constituição Federal, pelas Constituições Estaduais e pelas leis, para o velamento e a defesa dos interesses que lhes foram, respectivamente, confiados. Em termos gerais, cabe-lhes zelar pela juridicidade, desenvolvendo seu controle institucional de provedoria através de atividades consultivas, de fiscalização (de ofício), e de atividades postulatórias, tudo conforme os âmbitos de competência funcional e territorial próprios a cada uma delas.

Subsequentes trabalhos, desenvolvidos desde então, que aqui são mencionados em ordem cronológica, têm mantido e reforçado essas convicções nos seguintes escritos e pronunciamentos: tese: *O Procurador do Estado na Constituição de 1988*, apresentada ao XV Congresso Nacional de Procuradores do Estado, Natal, RN, 1989; artigo: *As Funções Essenciais à Justiça na Constituição de 1988*, publicado na *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 43, 1991, p. 30 a 40; conferência no Encontro Nacional de Valorização da Advocacia Pública, sobre o tema *Advocacia Pública e Advocacia do Estado – Perfil Constitucional*, promovido pela Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, em 1º de setembro de 1992; conferência no Simpósio sobre Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul, sobre o tema *Defensoria Pública como Função Essencial à Justiça*, em Corumbá, em 18 de setembro de 1992; conferência no IV Congresso Nacional de Defensoria Pública e IV Encontro de Defensores Públicos do Estado do Mato Grosso do Sul, sobre o tema: *Defensoria Pública como Função Essencial à Justiça*, outubro de 1992; conferência no Encontro Regional de Procuradores do Estado de São Paulo, sobre o tema *Funções Essenciais à Justiça*, em Ubatuba, SP, outubro de 1992; conferência sobre o tema *Funções Essenciais à Justiça e a Advocacia Pública,* Manaus, AM, dezembro de 1992; conferência sobre o tema As *Funções Essenciais à Justiça na Constituição*, Porto Velho, RO, dezembro de 1992; artigo: *Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais*, publicado em separata da *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, a. 29, número 116, out./dez. 1992; conferência sobre o tema *Aspectos Constitucionais da Defensoria Pública*, na Procuradoria de Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, mar. 1993; conferência no VII Encontro dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, sobre o tema *Defensoria Pública e Revisão Constitucional*, 13 de maio de 1993; tese: *As Provedorias de Justiça no Estado Contemporâneo – Guardiãs da Ética e da Cidadania*, apresentada ao XIX Congresso Nacional de Procuradores de Estado, Manaus, AM, maio de 1993; tese: *Defensoria Pública e a Revisão Constitucional*, publicada nos Anais do VII Encontro dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, e em *Suelto*, maio de

1993; artigo: *Defensoria Pública e a Revisão Constitucional*, publicado nos Anais do VII Encontro dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, e em *Suelto*, maio de 1993; artigo: *Ética e funções essenciais à justiça no presidencialismo moderno*, In: *Advocacia de Estado*, órgão da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul, a. II, nº 5, jul. 1993, e na *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Brasília, DF, a. 30, nº 120, out./dez. 1993, p. 67; tese: *A Cidadania e a Advocacia no Estado Democrático de Direito*, aprovada no XXII Congresso Nacional de Procuradores de Estado, em Belo Horizonte, MG, nov. 1996; artigo: Advocacia de Estado e as novas competências federativas, publicado na *Revista de Informação, Senado Federal*, ano 33, nº 129, 1996, p. 275. Artigo: *Cidadania e Advocacia no Estado Democrático de Direito*, In: *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 50, 1997, p. 11 e ss.; conferência: *A Advocacia de Estado e seu Aperfeiçoamento*, apresentada no X Encontro Estadual dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul, em Canela, no dia 29 de setembro de 2001; conferência de abertura do V Congresso Nacional de Procuradores Federais, sob o título *A Advocacia Pública como Função Constitucional Essencial à Existência do Estado Democrático de Direito*, realizada em Fortaleza, Ceará, em 18 de outubro de 2004; artigo *A Advocacia de Estado Revisitada – essencialidade ao Estado Democrático de Direito*, texto consolidado a partir de duas conferências pronunciadas em seminários realizados no País versando sobre *Advocacia de Estado*, provocadas pelos debates suscitados pela Emenda Constitucional da Reforma do Judiciário: *A Independência Técnico-funcional da Advocacia de Estado* – proferida no seminário *A Procuradoria do Estado na Reforma do Judiciário*, promovido pela Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro – APERJ, em 19 de novembro de 2004, no auditório da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, e conferência: *A Advocacia Pública e a Reforma do Judiciário*, proferida no seminário *Advocacia Pública em Debate*, promovido pela Procuradoria Regional da União na 4ª Região, em Porto Alegre, em 10 de dezembro de 2004.

32 Art. 5º, LXXIV. *O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.*

33 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O Devido Processo Legal e a Responsabilidade do Estado por Dano Decorrente do Planejamento. In: *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro,* vol. 56, 2002, p. 190 a 193.

34 A remissão, aqui, é à obra clássica de MAX WEBER, *Politik als Beruf*, enfocando a política como profissão, na qual é feita essa distinção da ética própria do político profissional.

35 IANNOTTA, Lucio. Economia, diritto e politica nell'amministrazione del risultato. *Rivista on line*. Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze, ano III, n. 5, maio 2006, p. 1.

36 IANNOTTA, Lucio. Economia, cit., p. 1 e 2.

37 GIANCARLO SORRENTINO sintetiza essa premissa com mestria na seguinte passagem (*Diritti e partecipazione nell'amministrazione di resultato.* Napoli: Ed. Scientifica, 2003, p. 65/66):

"*L'attenzione verso le persone e i loro concreti bisogni...* alla luce della contituzione adeguata ai tempi *e alle moderne esigenze di una società sempre più complessa e articolata – impegna sul piano istituzionale la funzione amministrativa a rinovati (e crescenti)* compiti di servizio*, costituisce per così dire una costante della pur eterogenea produzione normativa (legislativa e non) che a partir dall'ultimo decennio del secolo scorso* ha profundamente inciso sulla configurazione dei raportti tra cittadino e pubblica amministrazione*, portando la più avvertita dottrina ad individuare nelle* realizzazione di resultati concreti e materiali... il proprium della funzione amministrativa*"* (nossos destaques).

38 HÄBERLE, Peter. *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Peru, 1997, p. 163 e 164 (tradução de obra de 1993).

39 FOULQUIER, Michel. *Les Droits Publics Subjectifs des Administrés* – Emergence d'un concept en droit administratif français. Paris: Dalloz, 2003, p. 413.

40 ALLEGRETTI, Umberto. *Amministrazione Pubblica e Costituzione.* Pádua: CEDAM, 1996, 11 e 12 (n/ destaque).

41 ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Lucha contra las Inmunidades del Poder*. Madrid: Cuaderno Civitas, 2004 (1ª ed. 1974, 2ª ed. 1979, 3ª ed. 1983 e reimpressões em 1989, 1995 e 2004).

42 ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Lucha, cit.,* p. 107, n/ destaque.

43 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2002. p. 147.

44 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo*.* As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 116, 1992. p. 92/93.

45 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo*.* As funções, cit., p. 85.

Defesa do Estado

Alvaro Lazzarini[1]

SUMÁRIO

1. Introdução. **2.** Do Estado de Defesa e do Estado de Sítio. **2.1.** Gerenciamento constitucional de crises. **2.2.** Estado de Defesa. **2.3.** Estado de Sítio. **2.4.** Disposições comuns a ambas as medidas. **3.** Das Forças Armadas. **3.1.** Disposições aplicáveis aos militares. **4.** Da Segurança Pública. **4.1.** Poder de polícia administrativa e de polícia judiciária. **4.2.** Ordem pública e segurança pública. **4.3.** Segurança pública no direito constitucional anterior. **4.4.** Segurança pública e federalismo. **4.5.** Órgãos policiais com dignidade constitucional. **4.5.1.** Polícias militares e corpos de bombeiros militares. **4.5.2.** Defesa Civil. **4.6.** Guardas municipais. **4.6.1.** O interesse local do município e a ordem pública. **4.6.2.** Impossibilidade da guarda municipal de atuar como polícia de segurança pública. **4.6.3.** Utilidade da guarda municipal agindo constitucionalmente. **4.6.4.** Necessidade de lei federal para regulamentar a competência constitucional da guarda municipal. **4.7.** Força Nacional de Segurança Pública. **4.8.** Polícia Comunitária. **4.9** Reformulação da segurança pública no Brasil. **4.10.** Transformação nas instituições policiais. **4.11.** Necessidade de implementação de normas constitucionais referentes à segurança pública. **4.11.1.** Regulamentação do § 7º do artigo 144. **4.11.2.** Lei Orgânica das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares (LOPM). **4.11.3.** Lei Orgânica das Polícias Civis (LOPC). Termo circunstanciado. **4.11.4.** Aplicação de *subsídios* nos moldes do § 9º do artigo 144, combinado com o § 4º do artigo 39. **4.11.5.** Reformulação da segurança pública e aperfeiçoamento da polícia. **5.** Conclusão.

1. Introdução

O Estado exerce uma atividade jurídica que, no dizer de José Cretella Júnior[2], é toda ação por ele desenvolvida, com exclusividade nos seus quatro setores, para a tutela do Direito. Dois desses setores interessam diretamente ao nosso estudo: o setor que diz respeito à preservação da ordem pública (atividade policial) e o da defesa do país contra o inimigo externo (atividade das Forças Armadas), embora dois outros, referentes à declaração do direito (atividade legislativa) e à distribuição da justiça ao caso concreto litigioso (atividade judiciária), também possam interferir na eficiência dos dois setores anteriores, lembrando que o princípio da eficiência a partir da Constituição de 1988, na sua vigente redação, tem

dignidade constitucional como previsto no *caput* do seu artigo 37.

Bem por isso temos sustentado, em anteriores estudos[3], ser "necessário dizer, diante da confusão ainda hoje existente, que a *função das Forças Armadas* é bem diversa das atividades desenvolvidas pelas *Forças Policiais*. Os militares, que integram as Forças Armadas (art. 142, § 3º, da CF/88), são treinados para a manutenção da segurança nacional, defesa da Pátria e do território brasileiro em toda a sua extensão, do espaço aéreo, do mar territorial (12 milhas), e fiscalização da área de controle brasileiro (24 milhas), e não para o relacionamento "Estado-Administração-Cidadão", função esta da competência dos *órgãos de segurança pública*, elencados, taxativamente, no *caput* do art. 144 da CF/88, numa inovação até então inexistente. Em termos de *atividade jurídica do Estado*, às Forças Armadas cabe o setor de defesa do Estado contra a agressão do inimigo externo, cabendo às Forças Policiais, em especial às estaduais, na semântica constitucional vigente, o setor da preservação da ordem pública, restabelecendo-a quando violada, como longamente tratamos no estudo *Segurança Pública e o Aperfeiçoamento da Polícia no Brasil*, com enfoque para esta distinção ao cuidarmos de "A investidura militar da polícia ostensiva".

De outra parte, também, temos insistido que o militar – seja o das Forças Armadas, seja o de Polícia – não se confunde com o servidor público ou qualquer outro agente público; assim, comportamentos civis, que possam ser ditados por valores éticos diversos dos impostos ao pessoal da Administração Militar, a ele, pessoal militar, não podem ser aceitos sob pena de desestruturá-la, inclusive no seu grau de eficiência e eficácia dentro das respectivas atividades operacionais, constituindo-se equívoco a violação desses valores e deveres éticos militares, em especial pelos governantes e, ainda, no julgamento de ações judiciais que envolvam aspectos hierárquicos e disciplinares militares.

Temos notado, nos mais de cinquenta anos de vivência e estudos nessa área do conhecimento, que certas lideranças, como que descartando as instituições militares por entenderem-nas desnecessárias, minimizam o papel dos militares, os das Forças Armadas e os da Polícia, a pretexto de que a República Federativa do Brasil, a teor do artigo 4º da Constituição de 1988, em suas relações internacionais, deve respeitar os princípios da autodeterminação dos povos, da não intervenção, da defesa da paz, da solução pacífica dos conflitos, entre outros.

O equívoco é mais do que evidente, pois é antiga, mas sempre atual, a lição de José Joaquim Cardozo de Mello Neto em sua dissertação apresentada à Faculdade de Direito de São Paulo para o concurso ao lugar de Professor Substituto da 5a Secção[4], de 1917, de que "Há actividades, serviços, que só podem ser exercidos pelo Estado – actividades, serviços, que constituem a sua própria razão de ser. Assim, o *serviço de defesa nacional* é um serviço typico do Estado, pois só o Estado é capaz de, por si, garantir a integridade territorial: o Estado que delegasse aos indivíduos tão essencial funcção, ou, ainda, que os deixasse organizarem esse serviço como lhes parecesse, não teria mais razão de existir, confessada como estaria a sua absoluta incapacidade para o preenchimento das suas privativas attribuições. Da mesma forma, o *serviço de segurança* é um serviço typico do Estado: a insegurança não é apenas uma causa de lentidão no desenvolvimento social, é uma causa de retrogradação e de perecimento da collectividade".

O constituinte de 1988 isso tudo bem entendeu e deu cuidadoso tratamento constitucional ao tema *Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas*, dedicando-lhe na Constituição de 1988 o seu Título V, integrado pelos artigos 136 a 144, estes divididos em três Capítulos: o Capítulo I, em (três Seções), cuida *Do Estado de Defesa e do Estado de Sítio*, o Capítulo II cuida *Das Forças Armadas*, e o Capítulo III, *Da Segurança Pública.*

Necessário lembrar que essa temática, dentro da contextualidade constitucional vigente, não se exaure no referido Título V, pois, por exemplo, no artigo 42 que integra a Seção III do Capítulo VII (*Da Administração Pública*) do Título III (*Da Organização do Estado*) está a disciplina constitucional que cuida *Dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios* e que, por sua vez, remete o intérprete a diversas outras normas constitucionais espalhadas em outros Títulos e que durante o desenvolvimento deste artigo serão examinadas.

Em nosso trabalho *Administração Militar na Constituição de 1988*[5], isso tivemos oportunidade de demonstrar, concluindo que "Os setores da *atividade jurídica do Estado* que cuidam da *preservação da ordem pública* e da sua *defesa contra o inimigo externo* são setores exercidos, respectivamente, pelas polícias militares, como forças públicas estaduais, e pelas Forças Armadas, integradas pela Marinha, Exército e Aeronáutica e

da competência da União Federal. Como tais forças gerenciam bens públicos e de interesses da comunidade, estadual ou federal, com vista à natureza institucional de cada força singular, temos que elas integram a *Administração Pública*, estadual ou federal, sendo, bem por isso, integrantes do que se denominou de *Administração Militar.* Bem por isso – reafirmamos – sujeitam-se, dentro de suas peculiaridades, aos mesmos *princípios básicos da Administração Pública*, em especial aqueles contidos no art. 37, *caput* e parágrafos, da Constituição da República, independentemente da posição topográfica em que a previsão constitucional de tais forças está apresentada na Magna Carta. Sujeitam-se, assim, aos princípios da legalidade estrita, da moralidade administrativa, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência. Dever-se-á, no entanto, na aplicação destes princípios, compatibilizar os atos da Administração Militar às suas peculiaridades, considerando-se, e sempre, que o seu pessoal militar estadual ou militar[6], sujeita-se a rígidas normas deontológicas, com seus valores e deveres éticos, tudo na busca da sua eficiência operacional, com vista à atividade-fim de cada força singular, seja das Forças Armadas na defesa contra o inimigo externo, seja da Força Pública do Estado, que é a Polícia Militar no seu mister de Polícia Ostensiva e de preservação da ordem pública".

Feita assim a abordagem introdutória à temática da *Defesa do Estado,* dela agora trataremos, como posta no Título V da Constituição da República Federativa do Brasil.

2. Do Estado de Defesa e do Estado de Sítio

Verificamos, de início, que, das Constituições da República anteriores para a de 1988, expressões tecnicamente consagradas como *segurança nacional, ordem pública e medidas de emergência* foram proscritas e substituídas por outras como *defesa do Estado, da sociedade civil e instituições democráticas, paz ou tranquilidade pública*, com perda de evidente rigor técnico jurídico e indesculpável descaso com a doutrina que lhe conferia tradicional embasamento. A locução *segurança nacional*, aliás, é usada uma única vez no contexto constitucional, evidentemente não no Título V ora em exame. Ela está prevista no seu Título VII, que cuida da

Ordem Econômica e Financeira, Capítulo I (*Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica*), artigo 173, dizendo que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da *segurança nacional.*

Isto ocorreu, porque, pela Assembleia Nacional Constituinte de 1988, o tema foi tratado de maneira emocional e ideológica, sob o espectro da Lei de Segurança Nacional, o que acabou influenciando política e ideologicamente o texto constitucional em prejuízo do lado técnico conceitual, o que é notório.

No Título V da Constituição de 1988, nos seus artigos 136 a 144, no qual aborda a *ordem política* e a *ordem pública*, preferiu-se adotar a denominação *Defesa Nacional*, em consonância com o *Conselho de Defesa Nacional* previsto no seu artigo 91, órgão consultivo para assuntos de soberania nacional e defesa do Estado Democrático, aquele voltado à *segurança externa* contra agressão estrangeira, este voltado à *segurança interna*, contra a implantação de um estado tirânico, que venha a violentar as cláusulas pétreas do seu artigo 60, § 4º.

Firmaram-se, assim, os princípios constitucionais que passaram a vigorar na República Federativa do Brasil, como idealizados pelo Constituinte de 1988 e, portanto, referenciais da segurança interna e, por via de consequência, da *defesa interna*, ambas também abolidas da Carta de 1988, mas que, conceitualmente, continuam a existir.

2.1. Gerenciamento constitucional de crises

Havendo situações de crises, à evidência, há necessidade de seu gerenciamento nos moldes do que dispõe a Constituição de 1988, o que se fará conforme o denominado “Sistema Constitucional de Crises”, que é conceituado como um conjunto de normas constitucionais que têm por objeto as situações de crise e por finalidade a manutenção ou restabelecimento da normalidade constitucional.

Ele envolve prerrogativas previstas na Constituição de 1988, que atribui privativamente ao Presidente da República, a teor do seu artigo 84, inciso IX, poderes temporários e excepcionais para superação de crises institucionais, decretando o *Estado de Defesa* e o *Estado de Sítio.*

À vista dos artigos 136 a 141 da Constituição de 1988, podemos extrair três *princípios* do “Sistema Constitucional de Crises”, que deverão ser observados para o seu exato gerenciamento, ou seja, o a) da *necessidade*; b)

da *temporariedade*; e c) da *proporcionalidade*; sendo que, em relação ao da *necessidade*, há pressupostos fáticos, como o a) do *comprometimento da ordem pública*; e o b) do *comprometimento da paz social*, este *por instabilidade institucional* ou *por calamidade pública*.

A decretação de qualquer dessas medidas tem implicações, pois, na execução delas, há o afastamento *temporário do conjunto das normas jurídicas de regência das relações sociais*, bem como a *limitação ou supressão de direitos fundamentais*, tudo com a finalidade de tornar viável o gerenciamento da crise em nível constitucional.

Essas medidas constituem dois *estados de exceção* vigentes, certo que, como indicamos ao tratar do mesmo tema nos *Colóquios Constituição de 1988/Revisão Constitucional de 1993*, e apoiado em José Afonso da Silva, o *Estado de Defesa*, na sua essência, é a nova denominação do anterior *Estado de Emergência*, previsto no sistema da Emenda Constitucional n. 11/78[7].

Os *estados de exceção* em exame têm a conceituação, pressupostos, objetivos e efeitos definidos, respectivamente, nos artigos 136 e 137 a 139 da Constituição de 1988, estando suas *Disposições Gerais* contidas nos seguintes artigos 140 e 141.

2.2. Estado de Defesa

O *Estado de Defesa* é uma medida menos gravosa aos direitos fundamentais, tendo como *pressupostos materiais* a ocorrência de a) grave perturbação da ordem pública ou da paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções da natureza; e b) impossibilidade de restabelecimento da paz ou ordem pelos instrumentos normais.

Pressupostos formais existem, igualmente, como a) a prévia oitiva do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional, que emitem pareceres não vinculantes, como previsto no artigo 136, *caput*, da Constituição de 1988; b) decreto presidencial na forma e teor do artigo 136, § 1º; e c) controle político *a posteriori*, pelo Congresso Nacional, ao qual o Presidente da República submeterá o seu ato, justificando-o, em vinte e quatro horas, fixado o prazo de dez dias para a decisão, por maioria absoluta, tudo a teor do artigo 136, §§ 4º a 7º.

Por força do § 1º do artigo 136, o decreto que instituir o *Estado de Defesa*

especificará as áreas a serem abrangidas, ou seja, referido *estado* tem *limitação territorial* não cabendo em todo o país. Prevista, igualmente na mesma norma constitucional de 1988, agora no seu § 2º, uma *limitação temporal* para o *Estado de Defesa*, cujo tempo de duração não será superior a trinta dias, podendo, porém, ser prorrogado uma vez por igual período se persistirem as razões que justificaram a sua decretação.

O decreto que instituir o *Estado de Defesa* deve, outrossim, indicar, nos termos e limites da lei, as *medidas coercitivas* a vigorarem, dentre as quais as restrições aos direitos de reunião, ainda que exercida no seio das associações, o sigilo da correspondência e o sigilo de comunicações telegráfica e telefônica, hipóteses estas contempladas no artigo 136, § 1º, inciso I, alíneas *a* a *c*, sendo que o inciso II do mesmo parágrafo e artigo, em caso de calamidade pública, também pode incluir a ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos.

Durante a execução do *Estado de Defesa*, há a figura de *crime contra o Estado*, com a cominação de pena de prisão a ser determinada pelo executor da medida e que não pode ser superior a dez dias, salvo quando autorizado pelo Poder Judiciário, sendo vedada a incomunicabilidade, observado em tudo outras particularidades previstas no § 3º do artigo 136.

Dissemos, na oportunidade da revisão constitucional de 1993, que, em tese, nada havia a modificar, mas, atento à realidade brasileira, sugerimos[8] que, no tocante ao *Estado de Defesa*, o artigo 136, § 7º, fosse acrescido da vedação de sua reedição pelos mesmos fundamentos, com o que, com esse simples acréscimo, evitar-se-iam problemas, como ocorrem com as *medidas provisórias* do artigo 62 da Constituição de 1988 e que são reeditadas quando o Congresso Nacional não as aprova.

Até agora não houve o acréscimo e, assim, eventuais problemas a respeito podem ocorrer a qualquer momento.

2.3. Estado de Sítio

O *Estado de Sítio* é uma medida mais forte e enérgica. Sua disciplina constitucional encontra-se nas normas dos artigos 137 a 139 da Constituição de 1988. Duas são as modalidades previstas no artigo 137, ou seja, há a) o *Estado de Sítio repressivo*, com os seus *pressupostos* materiais contidos no aludido artigo, inciso I; e b) há o *Estado de Sítio defensivo*, com

seus *pressupostos materiais* previstos no seguinte inciso II do mesmo artigo.

Pressupostos formais identicamente existem para a hipótese do *Estado de Sítio,* como o da a) prévia oitiva do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional, para que ambos emitam pareceres de natureza não vinculante, como decorre da norma constitucional do artigo 137, *caput*, da Constituição de 1988. Outro *pressuposto material*, previsto no *caput* e parágrafo único do artigo 137, é o b) da necessidade de autorização do Congresso Nacional para o controle político prévio, com decisão por maioria absoluta. Ainda, como *pressuposto material*, existe o decreto presidencial a que alude o artigo 138 da Constituição de 1988.

Este ato presidencial, aliás, deve cumprir as exigências constantes da mesma norma constitucional, inclusive, indicando a extensão territorial nacional, cabendo, todavia, a indicação das medidas para cada área, com *limitação temporal*, tanto para o *Estado de Sítio repressivo* (trinta dias, prorrogáveis por número ilimitado de vezes, nos moldes da norma constitucional de regência) como também para o *Estado de Sítio defensivo* (pelo tempo que perdurar a guerra ou agressão armada estrangeira).

O artigo 139 da Constituição de 1988, *taxativamente*, precisa quais as restrições possíveis na hipótese de *Estado de Sítio*, repressivo ou defensivo.

Como se verifica, passados mais de 20 anos da Constituição de 1988, nada há a alterar nas normas referentes ao *Estado de Sítio,* medida constitucional que, aliás, não consta ter sido aplicada neste período, dada a gravidade de seus efeitos para a vida nacional.

2.4. Disposições comuns a ambas as medidas

O Constituinte de 1988 previu disposições comuns para as medidas referentes ao *Estado de Defesa* e ao *Estado de Sítio*, como, por exemplo, a necessidade de convocação extraordinária do Congresso Nacional caso ele esteja em recesso e nos termos dos artigos 136, § 5º, e 138, § 2º, que, também, estabelecem a continuidade do seu funcionamento enquanto perdurarem as medidas.

Os artigos 140 e 141, que integram a Seção das *Disposições Gerais* referentes às medidas em exame, obrigam o acompanhamento e fiscalização, pelo Congresso Nacional, por meio de uma comissão especial composta por cinco membros, devendo cessar os efeitos das medidas, tão logo encerradas, sem prejuízo da responsabilização por eventuais abusos,

cabendo, também, ao Presidente da República a necessária *prestação de contas*, em mensagem enviada ao Congresso Nacional, na qual dirá sobre o que foi realizado e os que foram atingidos.

Importante frisar que é possível, a teor do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988, o *controle jurisdicional* sobre a legalidade das medidas, inclusive através do *habeas corpus* e mandado de segurança, sendo, contudo, vedado o controle do mérito das decretações.

3. Das Forças Armadas

As Forças Armadas são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e disciplina, sendo constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, como conceitua o artigo 142, *caput*, da Constituição de 1988, com a redação decorrente das Emendas Constitucionais n. 18/98, 20/98 e 41/2003.

A *finalidad*e das Forças Armadas é a defesa da Pátria, garantia dos Poderes constituídos e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem em geral[9], sendo que a sua organização, o seu preparo e o seu emprego são definidos em lei, no caso atual pela Lei Complementar n. 97, de 1999.

O *comandante supremo* das Forças Armadas é o Presidente da República (artigo 142, *caput*, na sua atual redação, combinado com o artigo 84, inciso XIII, ambos da Constituição de 1988). Do Presidente da República, como *autoridade suprema*, é a *iniciativa privativa* para as leis de fixação e modificação do efetivo das Forças Armadas, regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva, como está previsto no artigo 61, § 1º, incisos I e II, da Constituição de 1988.

Necessário dizer, diante da confusão ainda hoje existente, que a *função das Forças Armadas* é bem diversa das atividades desenvolvidas pelas *Forças Policiais*. Os militares, que integram as Forças Armadas (artigo 142, § 3º, da Constituição de 1988), são treinados para a manutenção da segurança nacional, defesa da Pátria e do território brasileiro em toda a sua extensão, espaço aéreo, mar territorial (12 milhas), e fiscalização da área de controle brasileiro (24 milhas), e não para o relacionamento “Estado-Administração-Cidadão”, função esta da competência dos *órgãos de*

segurança pública, elencados, taxativamente, no *caput* do artigo 144 da Constituição de 1988, numa inovação até então inexistente. Em termos de *atividade jurídica do Estado*, às Forças Armadas cabe o setor de defesa do Estado contra a agressão do inimigo externo, cabendo às Forças Policiais, em especial as estaduais, o setor da preservação da ordem pública, restabelecendo-a quando violada, como longamente tratamos no estudo *Segurança Pública e o Aperfeiçoamento da Polícia no Brasil*, com enfoque para esta distinção ao cuidarmos de "*A investidura militar da polícia ostensiva*"[10].

3.1. Disposições aplicáveis aos militares

O constituinte de 1988, no artigo 142, § 3º, denominou simplesmente militares os membros das Forças Armadas, no que ficaram diferenciados dos membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições também organizadas com base na hierarquia e disciplina, estes denominados, com qualificativo, *militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios*, por força da Emenda Constitucional n. 18/98. Esta emenda, aliás, colocou cobro ao inconformismo de setores das Forças Armadas que negavam a qualificação de militares aos membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, quando é certo que os de Polícia são *militares de polícia* e não *polícia de militares*. Na Europa e na América as polícias são militares ou militarizadas como desenvolvido no nosso trabalho "*Instituições policiais militares na Europa e América*"[11].

A mesma emenda constitucional deu nova redação ao artigo 42 da Constituição de 1988, prevendo para ele, no seu § 1º, que dispõe sobre a aplicação aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, das disposições do artigo 14, § 8º, que cuida de direitos políticos, do artigo 40, § 9º, sobre contagem de tempo de serviço, bem como mandaram-se aplicar aos *militares estaduais* as disposições previstas aos militares das Forças Armadas no artigo 142, §§ 2º e 3º, cabendo à lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as *patentes dos oficiais* conferidas pelos respectivos governadores.

As *patentes dos oficiais*[12] *das Forças Armadas*, a exemplo daquelas dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios acima referidas,

além de conferirem o posto ou grau de hierarquia, têm como inerentes prerrogativas, direitos e deveres e são conferidas pelo Presidente da República, ficando asseguradas na sua plenitude aos oficiais da ativa, da reserva ou reformados, sendo-lhes privativos os títulos e postos militares e, juntamente com os demais membros, o uso dos uniformes das Forças Armadas, tudo conforme disposto no artigo 142, § 3º, inciso I, da Constituição de 1988, observando-se, ainda, que somente brasileiros *natos* podem ser oficiais das Forças Armadas, a teor do seu artigo 12, § 3º, inciso VI.

Estão previstos, no artigo 142, § 3º, inciso VIII, que se reporta a incisos dos artigos 7º e 37, todos da Constituição de 1988, *Direitos Sociais* para os militares, como o 13º salário, salário-família, férias, licença-maternidade, licença-paternidade, creche para os filhos, teto salarial e irredutibilidade de subsídios.

É diferenciado de outros servidores públicos o *regime jurídico e previdenciário dos militares das Forças Armadas*, bem como *os dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios*, estes diante da nova redação dada ao artigo 42, §§ 1º e 2º, pelas Emendas Constitucionais n. 18/1998, 20/1998 e 41/2003; aqueles por força do artigo 142, § 3º, inciso VIII, que remete ao artigo 37, incisos XI, XIII, XIV e XV, com nova redação determinada pela Emenda Constitucional n. 41/2003.

Ao militar em geral são proibidas a *sindicalização* e a *greve*, não podendo, enquanto no serviço ativo, estar filiado a partidos políticos (artigo 142, § 3º, incisos IV e V, combinado com o artigo 42, § 1º, com a atual redação determinada pela Emenda Constitucional n. 20/1998).

Quanto ao *alistamento eleitoral e elegibilidade do militar em geral*, as condições estão previstas no artigo 14, § 8º, a que se combina o artigo 42, § 1º, ambos da Constituição de 1988[13].

No nosso trabalho com vista à revisão constitucional de 1993 e anteriormente citado, sugerimos que o § 2º do artigo 142, ao vedar o *habeas corpus* em matéria disciplinar militar, fosse deslocado para acrescer o artigo 5º, inciso LXVIII, que trata deste remédio heroico e a exemplo do que ocorria em anteriores Constituições. Justificamos a proposição, porque militares não são só os das Forças Armadas, como anteriormente examinamos. Os dos Estados, os do Distrito Federal e os dos Territórios, também, o são e, violando deveres funcionais, sujeitam-se a punições

disciplinares militares. Aliás, quanto a estes o artigo 42, § 2º, com a redação determinada pela Emenda Constitucional n. 20/1998, estendeu o não cabimento de *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares e, melhor ainda, diante de alguns julgamentos pela Justiça Comum estadual, contrários à hierarquia e disciplina militares, pela Emenda Constitucional n. 45/ 2004 que deu nova redação ao artigo 125, § 4º, atribuiu à Justiça Militar estadual competência para as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e graduação das praças.

O *serviço militar* continua obrigatório nos termos da lei (artigo 143 da Constituição de 1988), sendo um *dever infungível*, como afirmou Seabra Fagundes, citado por José Afonso da Silva[14], ao justificar a razão dessa obrigatoriedade do serviço militar. A obrigatoriedade é nos termos da lei, diz o *caput* do artigo 143, e a de regência é a Lei n. 6.880, de 9 de dezembro de 1980[15], que dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Nele encontramos que todos os cidadãos em condições de convocação ou de mobilização para a ativa são considerados *reserva das Forças Armadas* do mesmo modo que os militares da reserva remunerada (artigo 4º, inciso I, alíneas *a* e *b*, da lei de regência retroindicada). Os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, vale dizer os policiais militares e bombeiros militares, ao contrário, não são considerados, individualmente, reservas das Forças Armadas, pois integrantes das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares são as suas instituições militares que, no seu conjunto, são consideradas reservas das Forças Armadas (Lei n. 6.880, de 9 de dezembro de 1980, artigo 4º, inciso II, alíneas *a* e *b*), embora a Constituição de 1988 seja clara que só o são do Exército (artigo 144, § 6º), do qual são consideradas forças auxiliares, embora, juntamente com as Polícias Civis, sejam subordinadas aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Daí um juízo crítico nosso, referente ao § 6º do artigo 144, porque entendemos que a condição de auxiliar e reserva do Exército, no seu *conjunto*, deve constituir artigo ou parágrafo que cuide especificamente das Forças Armadas. Com isso a norma do § 6º do artigo 144 ficará mais técnica e precisa ao só prever a subordinação das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares aos respectivos Governadores.

4. Da segurança pública

4.1. Poder de polícia administrativa e de polícia judiciária

Tratar da *segurança pública* exige que esclareçamos[16], desde logo, antes mesmo do exame do Poder de Polícia e dos demais temas correlatos, alguns pontos polêmicos, a começar por o que é *segurança nacional* e o que é *segurança pública*, inclusive se há um entrelaçamento entre elas, devendo resposta, igualmente, algo de simples resposta sobre se o agente público investido em determinado órgão policial previsto no artigo 144 para exercer segurança pública é *autoridade policial*, também, para lavrar o *termo circunstanciado* de que trata o artigo 69 da vigente Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os *Juizados Especiais Cíveis e Criminais* previstos no artigo 98, inciso I, da Constituição de 1988? Esse ponto da autoridade policial tem gerado algumas ações diretas de inconstitucionalidade de leis e atos normativos não só perante o Supremo Tribunal Federal, como também no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Iniciaremos com a *segurança nacional*, demonstrando que, "Se a *segurança nacional* volta-se para a garantia da nação como um todo, sendo a *ordem* e a *tranquilidade gerais* exigências do mais alto valor para a realização das atividades nacionais que conduzem ao bem comum, não se pode deixar de considerar que a temática da *ordem pública*, em especial no que diz respeito à *segurança pública*, tem íntimo relacionamento com a mesma *segurança nacional*, porque assegurar a *boa ordem* é assegurar a *tranquilidade pública*, a *segurança pública* e a *salubridade pública*", devendo também ser lembrado que à vista do *Manual básico de 1993*, da Escola Superior de Guerra do Brasil, "A Expressão Psicossocial do Poder Nacional estuda o Homem, as suas relações em sociedade e o produto dessas relações, vale dizer, ocupa-se dos fenômenos sociais, culturais e psicológicos na cena nacional, que não se enquadram nas demais expressões do poder. Assim, alcança as questões históricas, a ciência, e a tecnologia, a vida espiritual e tudo o mais que diga respeito ao Homem e sua organização social. Deve, assim, refletir uma população hígida, de padrões culturais elevados, com suas necessidades básicas satisfeitas e

consequentemente com capacidade para atuar em termos de opinião pública, conforme antiga, mas atual lição da Escola Superior de Guerra – ESG, no seu *Manual básico de 1975*".

Havendo, destarte, um entrelaçamento entre *segurança nacional* e *segurança pública* conforme essas breves considerações iniciais, podemos avançar na temática do Poder de Polícia que justifica e é a própria razão de ser do Capítulo da Constituição de 1988, que, no seu artigo 144, cuida de nominar os órgãos policiais e suas competências constitucionais para o regular exercício da segurança pública.

Comecemos, assim, com o artigo 144, §§ 1º, 4º e 5º, da Constituição de 1988, para exemplificar de início, que, ao tratar da competência dos órgãos policiais que indica – respectivamente, polícia federal, polícia civil e polícia militar – utiliza de locuções que se referem à atividade policial desses órgãos, como: "...apurar infrações penais...", "prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e...", "...polícia judiciária da União...", "polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares" e "...polícia ostensiva e a preservação da ordem pública...".

Essas locuções, embora digam o que cada órgão policial tem como atribuição constitucional que deve ser respeitada pelos outros órgãos, não foram cuidadosamente empregadas, mostrando o constituinte desconhecimento sobre a profundidade constitucional do assunto, suas implicações jurídicas, apesar de envolver um dos mais importantes poderes instrumentais da Administração Pública, ou seja, o Poder de Polícia[17].

Tal poder que legitima a ação e a própria razão de ser dos órgãos policiais elencados no artigo 144, aliás, nele não está referido e só aparece no artigo 145, que integra o Título VI (*Da Tributação e do Orçamento*), Capítulo I (*Do Sistema Tributário Nacional*), Seção I (*Dos Princípios Gerais*), da Constituição de 1988, e diz respeito às taxas de polícia pelo exercício do poder de polícia.

Compreendemos esse posicionamento, porque o Poder de Polícia, sendo poder instrumental da Administração Pública, ou simplesmente *poder administrativo*, não está limitado aos só órgãos policiais do artigo 144 da Constituição de 1988 voltados para a segurança pública. Tal poder, ao certo, se alastra por todos os órgãos da Administração Pública em geral, uma vez que, conforme Hely Lopes Meirelles sempre sustentou[18], "dentre os *poderes administrativos* figura, com especial destaque, o *poder de polícia*

administrativa, que a Administração Pública exerce sobre todas as atividades e bens que afetam ou possam afetar a coletividade. Para esse policiamento há competências exclusivas e concorrentes das três esferas estatais, dada a descentralização político-administrativa decorrente do nosso sistema constitucional. Em princípio, tem competência para policiar a entidade que dispõe do poder de regular a matéria".

Bem por isso é ainda o mesmo publicista que, em linhas seguintes, explica que "a cada restrição de direito individual – expressa ou implícita em norma legal – corresponde equivalente *poder de polícia administrativa* à Administração Pública, para torná-la efetiva e fazê-la obedecida. Isto porque esse poder se embasa, como já vimos, no interesse superior da coletividade em relação ao direito do indivíduo que a compõe".

Daí por que o legislador tributário ousou conceituar o *poder de polícia*, no artigo 78 do Código Tributário Nacional, Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, dispondo que "considera-se poder de polícia a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos", acrescentando o seu parágrafo único que "considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder".

Apurar infrações penais, por exemplo e como será esclarecido, é a principal atividade da polícia judiciária, havendo, assim, certa redundância quando o constituinte de 1988 utilizou os dois vocábulos jurídicos ao conferir competência a determinado órgão policial. Polícia ostensiva é preventiva, o mesmo ocorrendo quanto à preservação da ordem pública, ressalvada a denominada *repressão imediata* para restabelecer a ordem, quando violada.

Registremos a esta altura da exposição que enquanto o Poder de Polícia é uma abstração jurídica, Polícia é algo em concreto, algo em ato, porque encerra, em suas atividades, atividades coercitivas da Administração Pública em relação ao grupo social. Na prática, é a Polícia que materializa o

Poder de Polícia.

Como temos examinado ao longo de nossos anteriores estudos sobre a temática[19] “a Polícia é a realidade do Poder de Polícia, é a concretização material deste, isto é, representa este em ato.

O Poder *de* Polícia legitima a ação e a própria existência da Polícia. Ele é que fundamenta o poder *da* polícia”, razão de, no nosso conceito, o considerarmos como “*conjunto de atribuições da Administração Pública, como poder público e indelegáveis aos particulares, tendentes ao controle dos direitos e liberdades das pessoas, naturais ou jurídicas, a ser inspirado nos ideais do bem comum, e incidentes não só sobre elas, como também em seus bens e atividades*”.

Ainda, nesses mesmos estudos, sustentamos, com apoio em José Cretella Júnior, que se vale de ensinamentos de Rafael Bielsa, que, ao certo, quem assegura a ordem pública e, em especial, a segurança pública é a Polícia e a ideia de Polícia é inseparável da ideia de Estado, acrescentando, também, que “se a polícia é uma atividade ou aparelhamento, o poder *de* polícia é o princípio jurídico que informa essa atividade, justificando a ação policial, nos Estados de Direito. Por sua vez, o Poder *da* Polícia é a possibilidade atuante da polícia, é a polícia quando age. Numa expressão maior, que abrigasse as designações que estamos esclarecendo, diríamos: em virtude do poder *de* polícia, o poder *da* polícia é empregado pela polícia, a fim de assegurar o bem-estar público ameaçado”.

Há, no Poder de Polícia, necessitamos esclarecer, uma dicotomia que diz respeito à atividade da Polícia, considerada em si mesma, ou seja, o exercício de atividades de Polícia Administrativa, e o referente às de Polícia Judiciária, atividades essas que merecem ser apreciadas, em face das confusões que têm gerado entre legisladores e disputas entre os dois órgãos da polícia estadual (polícia civil e polícia militar).

Temos sustentado que tanto uma como a outra atividade são exteriorização de típica atividade administrativa, independentemente do agente público investido para exercer o Poder de Polícia em qualquer dos três Poderes do Estado.

Contudo há diferenças entre a atividade de Polícia Administrativa e a de Polícia Judiciária. Aquela, a Administrativa, é regida pelos *princípios jurídicos do Direito Administrativo* e incide sobre bens, direitos ou atividades; a Judiciária, embora seja atividade tipicamente administrativa, é

regida pelas *normas de Direito Processual Penal* e incide sobre as pessoas.

A Polícia Administrativa é *preventiva*, enquanto a Judiciária, que não é órgão do Poder Judiciário, é *repressiva*, expressões essas empregadas na competência da Polícia Federal, como consta do artigo 144, § 1º, inciso II, da Constituição de 1988.

A Polícia Administrativa desenvolve a sua atividade procurando evitar a ocorrência de ilícitos em geral e daí ser denominada *preventiva.* A segunda, a Judiciária, é *repressiva*, porque atua só após a eclosão de um *ilícito penal*, tentado ou consumado, atuando apenas como *auxiliar* do Poder Judiciário, embora não o integre como órgão, na repressão criminal, vez que é esse Poder estatal que detém o monopólio da jurisdição criminal.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto[20], a propósito, lembra-nos que, inexistindo o ilícito penal, pode ocorrer a *repressão administrativa*, quando rompida a boa ordem por uma atividade irrefreada do ser humano. Essa repressão, então, será atividade de *polícia administrativa*, pois a Administração Pública tem a tutela imediata da ordem pública que, uma vez perturbada em *avaliação discricionária*, gera um procedimento administrativo que tem por objeto a eliminação dessa perturbação, discricionariamente considerada.

O mesmo órgão policial, contudo, pode ser conceitualmente *eclético*, porque age *preventiva* e *repressivamente*, isto é, o órgão policial está em atividade de polícia preventiva (polícia administrativa) e, quando ocorre o ilícito penal, passa, *automática e necessariamente*, para a atividade de polícia repressiva (polícia judiciária).

Nesse sentido, aliás, as lições de doutrinadores estrangeiros como Jean Rivero e André de Laubadère, que transcrevemos em nosso trabalho *Polícia de Manutenção da Ordem Pública e a Justiça*, que integra a obra coletiva "*Direito Administrativo da Ordem Pública*"[21], merecendo destacar a de Jean Rivero, grande mestre francês, no sentido de que "convém não entender as duas noções de prevenção e repressão num sentido demasiado restrito. A polícia judiciária não tem uma missão diretamente repressiva; prepara a repressão penal. Quanto à polícia administrativa, a sua ação prossegue, para restabelecer a ordem, depois de se terem verificado as desordens que quer evitar. Na prática, a distinção é, muitas vezes, delicada, desde logo por causa de uma certa identidade de pessoal. Ora – continua o publicista francês –, na realidade, estão por vezes estreitamente

confundidas: por exemplo, o agente que dirige o trânsito, ao aplicar uma multa, passa da atividade de polícia administrativa para a polícia judiciária; o mesmo acontece com a polícia de viação, consoante socorra um automobilista em dificuldade ou proceda à verificação de um acidente"[22], pelo que, no caso, a polícia é mista.

Isto está a demonstrar que a *linha de diferenciação* entre o que é *polícia administrativa* e *polícia judiciária* é bem precisa, porque sempre será a ocorrência ou não de um ilícito penal, como focalizado.

Em razão disso tudo, como já sustentamos na obra *Direito Administrativo da Ordem Pública*[23], a qualificação do órgão policial em civil ou militar não implica necessariamente o exercício de atividade de polícia judiciária ou atividade de polícia administrativa, certo também que não será o título universitário do agente público que pode qualificar a atividade policial por ele desenvolvida.

O que a qualificará em polícia judiciária ou polícia administrativa – isto é, repressiva ou preventiva – será, e isto sempre, a atividade de polícia desenvolvida em si mesma.

Isto é de importância capital para o exato cumprimento dos mandamentos de competência constitucional previstos nos diversos parágrafos do artigo 144 da Constituição de 1988, pois, por exemplo, sendo polícia *judiciária*, a Polícia Civil dos Estados, Distrito Federal e Territórios não poderá *atuar preventivamente*, uma vez que a polícia *judiciária* só atua repressivamente após a prática delitiva. O constituinte de 1988, portanto, limitou, na regra de competência do artigo 144, § 4º, da Lei Fundamental a atuação da Polícia Civil para só atuar após o ilícito penal, diferentemente do que fez em relação à Polícia Federal, à qual atribuiu, expressamente, além das funções de *polícia judiciária da União*, as funções de *prevenção* e *repressão* do tráfico ilícito de entorpecentes, como também de outras funções previstas no § 1º do mesmo artigo 144.

Insistimos, portanto, não ser o órgão público que deve qualificar a atividade de polícia como sendo de polícia administrativa ou de polícia judiciária. O mesmo órgão público exercerá polícia administrativa ou polícia judiciária, diante da atividade de polícia em si mesma desenvolvida. Antes do ilícito penal, na atividade preventiva, estará exercendo polícia administrativa. Com o insucesso da prevenção, ocorrendo o ilícito penal, passará a exercer polícia judiciária, passando à denominada *repressão*

imediata, fazendo valer o que previsto na legislação processual penal para o sucesso da persecução criminal, como auxiliar do Poder Judiciário, isto é, da Justiça Criminal. A Polícia Militar, que atua como *polícia ostensiva*, e portanto polícia administrativa (preventiva), pela regra constitucional do artigo 144, § 4º, tem a amplitude da atuação na *preservação da ordem pública*, e assim tem o dever constitucional de proceder à *repressão imediata* ao ilícito penal que não conseguiu evitar, quando então atua como polícia judiciária de modo automático e imediato.

Por sua vez, a Polícia de *Manutenção* da Ordem Pública[24], que a partir da Constituição de 1988 passou a ser denominada *Polícia de Preservação da Ordem Pública*, de que faz parte a denominada *Polícia de Segurança Pública*, é exteriorização da polícia administrativa na exata medida em que previne a desordem, mantendo a ordem pública nas suas múltiplas facetas e procurando evitar a prática delituosa em sentido amplo (crimes e contravenções penais), no que exercita a atividade de polícia de segurança pública. É também exteriorização de polícia judiciária, quando cuida da repressão delitual imediata, como auxiliar da Justiça Criminal, sob a regência das normas de Direito Processual Penal e, assim, controlada e fiscalizada pela autoridade judiciária competente, a quem, sem que tenha natureza jurisdicional a sua atividade, deve fornecer um primeiro material de averiguação e exame.

O Poder de Polícia de que tratamos, ao certo, tem limites, ou seja, não é ilimitado, não é carta branca para desmandos, para que a Administração Pública e os seus agentes façam ou deixem de fazer alguma coisa por vontade própria, sem fundamento legal e, assim, contrariando, além do princípio da legalidade, os princípios da realidade e da razoabilidade.

O seu atributo da *discricionariedade*, com efeito, não tem o significado de arbítrio, como também o da *coercibilidade* exige que a imposição coativa do ato de polícia se faça dentro da proporcionalidade entre a resistência oferecida pelo destinatário do ato e o que se possa fazer para remover tal resistência, lembrando-se sempre que o atributo da *autoexecutoriedade* autoriza o agente de polícia a executar o ato de polícia independentemente de autorização judicial, salvo os casos expressos no artigo 5º da Constituição de 1988, que exigem ordem judicial, podendo, no entanto, o destinatário do ato de polícia pedir, *a posteriori*, o controle jurisdicional do ato de polícia uma vez que o artigo 5º, inciso XXXV, de tal possibilidade cogita.

Essas barreiras ao exercício do Poder de Polícia, no dizer de José Cretella Júnior e conforme mostramos em nossos *Estudos de Direito Administrativo* (ed. cit., p. 246), são de três ordens: “os direitos dos cidadãos; as prerrogativas individuais; as liberdades públicas garantidas pelas Constituições e pelas leis”.

Nestes limites ao exercício do Poder de Polícia não podemos deixar de registrar que, em um Estado de Direito, os agentes de polícia não podem ultrapassar a autoridade pública que lhes é outorgada pelas regras de competência previstas na Constituição de 1988 e referentes aos órgãos policiais a que se integram.

Surge, então, a questão da *autoridade policial* a que nos referimos anteriormente e que tem sido objeto de longas discussões, inclusive em ações diretas de inconstitucionalidade, ajuizadas por entidades de classe de delegados de polícia civil que reivindicam serem eles, delegados de polícia, as únicas *autoridades policiais* a teor do artigo 4º do Código de Processo Penal, Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, sendo meros *agentes da autoridade* todos os demais agentes policiais, em especial, do soldado de polícia militar ao coronel de polícia militar, seu comandante-geral[25].

A todo momento desrespeitado, segundo alegava, por delegados de polícia do seu Estado, inclusive aqueles em início de carreira, Carlos Magno Nazareth Cerqueira, Secretário de Estado da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, e assim Comandante-Geral da instituição policial militar estadual da qual era Coronel de Polícia Militar, convocou evento que, em 1985, reuniu mestres brasileiros que debateram suas monografias e ensejaram a publicação do já citado *Direito Administrativo da Ordem Pública*, cuja 1a edição, pela Editora Forense, data de 1986, sendo a 3a datada de 1988 e, agora, sob a coordenação de José Cretella Júnior.

Foram, assim, reunidas as monografias, além da nossa, dos publicistas Caio Tácito, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Hely Lopes Meirelles, José Cretella Júnior e Sérgio de Andréa Ferreira, merecendo atenção o Prefácio da obra citada, de autoria de seu idealizador Carlos Magno Nazareth Cerqueira, que bem enfoca a problemática da interpretação do artigo 144 da Constituição de 1988, inclusive no tocante a *autoridade policial*, para tornar a norma constitucional executável, dando eficiência em suas atividades aos órgãos policiais como exigido no § 7º da mesma norma constitucional.

O aludido Prefacista, com efeito, chama atenção para um grave equívoco que vinha ocorrendo no Brasil, ou seja, o ser costume colocar as questões da *ordem pública*, da *segurança pública* e da *polícia* no campo do Direito Penal e do Direito Processual Penal, o que tem induzido a opiniões, pronunciamentos e até pareceres jurídicos equivocados que prejudicam a compreensão daquelas questões.

Continuando, asseverou, com toda a propriedade, que "a *ordem pública*, a *segurança pública* e a *polícia*, por motivos óbvios, são os temas da atualidade, em torno dos quais há uma pletora de proposições que denotam, elas próprias, insegurança e desordem na questão fundamental: a do *conhecimento*", razão de, dentre os objetivos do livro, estar o "esclarecer questões exegéticas da função de manutenção da ordem pública, como, por exemplo, a da *autoridade policial*".

Tivemos, portanto, oportunidade de enfrentar a proposição da "Polícia e Autoridade Policial (Civil e/ou Militar)[26]. Escrevemos, então, que "ficou bem assentado que toda Polícia, seja a *Administrativa* ou a *Judiciária*, é exteriorização de *atividade administrativa*, não se confundindo, sequer, a de *Polícia Judiciária*, com a *atividade jurisdicional*, própria do Poder Judiciário. Os agentes públicos, que exerçam atividade de polícia, assim, são *autoridades administrativas* e não autoridades judiciárias. *Autoridade Administrativa* – continuamos –, para José Cretella Júnior, é a pessoa física que age em nome da pessoa jurídico-administrativa, editando atos administrativos. [...] Ensina Hely Lopes Meirelles que "os agentes administrativos não são membros de Poder do Estado, nem os representam, nem exercem atribuições políticas ou governamentais; são unicamente servidores públicos, com maior ou menor hierarquia, encargos e responsabilidades profissionais dentro do órgão ou da entidade a que servem, conforme o cargo ou a função em que estejam investidos. *De acordo com a posição hierárquica que ocupam e as funções cometidas recebem a correspondente parcela de autoridade pública para o seu desempenho no plano administrativo, sem qualquer poder político.* Suas atribuições de chefia, planejamento, assessoramento ou execução, permanecem no âmbito das habilitações profissionais postas remuneradamente a serviço da Administração".

E, a partir dos ensinamentos filosóficos de Nicola Abbagnano, como também de lição de Gof-fredo da Silva Telles, afirmamos que "a pessoa que tem o poder de se impor a outrem nos termos da lei tem esse poder em

razão do consenso daqueles mesmos sobre os quais a sua autoridade é exercida, consenso esse que se resume nos poderes que lhe são atribuídos pela mesma lei, emanada pelo Estado em nome dos concidadãos".

Concluímos, então, no mesmo estudo de caso, e aproveitando fundamentos da opinião em contrário de Hélio Tornaghi, devidamente rebatidos, que "o órgão singular da Polícia Militar, isto é, o policial-militar considerado isoladamente, tem a *parcela de autoridade administrativa* de acordo com a posição hierárquica que ocupa e as funções cometidas a ele para o desempenho, no plano administrativo, da atividade de *polícia de manutenção da ordem pública*, da qual é parte a *polícia de segurança*. O policial-militar, como agente público, é o servidor público denominado como tal, isto é, *policial-militar*, como o considera a legislação federal pertinente"[27].

Daí por que, após demonstrar o preenchimento de todos os requisitos que Hélio Tornaghi apresentou como sendo da doutrina alemã para o reconhecimento de autoridade policial, adotando, ainda, a posição tomada pelo Conselho de Redação da *Enciclopédia Saraiva de Direito*, sob a Coordenação do Professor R. Limongi França, concluímos que, "assim, o policial-militar é uma autoridade policial, pois autoridade policial 'indica a pessoa que ocupa o cargo e exerce funções policiais, como agente do Poder Executivo', tendo tais agentes 'o poder de zelar pela ordem e segurança pública, reprimir atentados à lei, ao direito e aos bons costumes'".

No mesmo sentido foi a conclusão do estudo de José Cretella Júnior[28], enfática no sentido de que "todo policial, qualquer que seja o grau que ocupe na pirâmide da Polícia Militar, e no estrito cumprimento do dever legal, é detentor do poder de polícia, podendo agir, discricionariamente, embora não arbitrariamente, na manutenção da ordem pública. Se 'omnis civis est miles', *a fortiori*, toda polícia é autoridade no sentido técnico-jurídico do termo".

Posto tudo isso que estamos trazendo à colação em relação ao importante Capítulo da Segurança Pública na Constituição de 1988, verificamos, assim, que essa temática tem presente uma interdisciplinaridade científica, que merece ser debatida, como continuaremos a fazê-lo, agora, com temas, igualmente, controversos.

4.2. Ordem pública e segurança pública

De fato, o tema "Ordem Pública e Segurança Pública", que passaremos a

examinar, é dos mais controversos e, também, a exemplo do anterior, envolve o estudo das denominadas *Ciências Policiais de Segurança e de Ordem Pública*, denominação esta consagrada pela Lei Complementar n. 1.036, de 11 de janeiro de 2008, do Estado de São Paulo, de iniciativa do então Governador Cláudio Lembo e que passou a reger o "Sistema de Ensino da Polícia Militar do Estado de São Paulo" para promover a "a transmissão de conhecimentos científicos, tecnológicos, humanísticos e gerais, indispensáveis à educação e à capacitação, visando à formação, ao aperfeiçoamento, à habilitação, à especialização e ao treinamento do policial militar, com o objetivo de torná-lo apto e atuar como operador do sistema de segurança pública" (artigo 1º, *caput* e parágrafo único, da referida lei complementar paulista).

Cuidando das "Ciências Policiais de Segurança e da Ordem Pública: Significado, Conteúdo e Contornos", no Primeiro Seminário dos Cursos de Mestrado e Doutorado do CAES – Centro de Aperfeiçoamento e Estudos Superiores da Polícia Militar do Estado de São Paulo, em 18 de junho de 2008, enfatizamos que "A Lei Complementar n. 1.036, de 11 de janeiro de 2008, do Estado de São Paulo, assim, ao instituir o Sistema de Ensino da Polícia Militar do Estado de São Paulo, e dar outras providências, em verdade, normatizou em lei complementar, de alta hierarquia jurídica, o que já existia em termos de ensino na Polícia Militar, mas que era disciplinada por normas infralegais, como regulamentos e regimentos internos, além de outros atos administrativos de menor hierarquia jurídica", ocasião na qual oferecemos nosso conceito, sob o *prisma jurídico* de interpretação da aludida lei complementar, no sentido de que "por *ciências policiais de segurança e da ordem pública* entende-se o conjunto sistemático e objetivo dos fenômenos que interessam à atividade policial para o regular exercício do poder de polícia, balizado pelos princípios jurídicos das Ciências do Direito e afins, como também pelas modernas técnicas da Ciência da Administração Pública, com a finalidade de realizar o bem comum"[29].

No *prisma filosófico*, Célio Egídio da Silva[30] demonstra a autonomia dessas ciências, sendo de sua conclusão ser "ciência, pois deriva do princípio de que todo o conjunto do saber pode ser formador de uma ciência geral, e que se expandindo pouco a pouco e emancipando-se de várias de suas partes, foi constituindo em ciências independentes especiais. A ciência policial – continuou – possui o contorno de todas outras ciências. A especificidade obrigou o conhecimento a se declarar independente de um

conhecimento geral, a sociedade foi tornando-se complexa em todas as suas vertentes. A Ciência Policial é uma ciência das realidades […] A lei complementar que inovou o ensino na Polícia Militar Paulista incrementa aquilo que a sociedade exigiu, uma polícia mais científica e menos ametódica, uma escola de segurança que contenha princípios e técnicas acima da aleatoriedade".

Pois bem! Comentando a locução Segurança Pública que é a rubrica do Capítulo III do Título V (*Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas*) da Constituição de 1988, José Cretella Júnior[31] observa que "o problema da segurança, quer do Estado, quer do indivíduo, inscreve-se como um dos temas fundamentais do Direito. Quanto ao Estado, segurança quer dizer 'paz', 'estabilidade da estrutura das instituições'; quanto ao indivíduo, segurança quer dizer 'tranquilidade física e psíquica', condições garantidoras de circunstâncias que possibilitam o trabalho, afastada a vis inquietativa. Daí, o poder afirmar-se que a segurança do Estado, das pessoas e dos bens é elemento básico das condições universais, fator indispensável para o natural desenvolvimento da personalidade humana. A paz, derivada da segurança, proclamada inviolável pelo Direito, não ficará, porém, livre de forças exteriores, pessoais e impessoais, que ameaçam a todo instante a paz física e espiritual do cidadão, ou os órgãos vitais do Estado".

Cuidando do *Direito Administrativo da Ordem Pública*, e apoiado em José Cretella Júnior, Marcel Le Clère e Alain Fenet, tivemos[32] oportunidade de lembrar que "a ideia de Estado, aliás, é inseparável da ideia de polícia e o poder de polícia, que é um poder instrumental da Administração Pública, é o fundamento da ação de polícia, como o afirma José Cretella Júnior, invocando a lição de Rafael Bielsa". Salientamos, também, que "a importância dessa colocação foi reconhecida por Honoré de Balzac, a quem se atribuiu a afirmação de que '*os governos passam, as sociedades morrem, a polícia é eterna*'. Ela o é, continuamos, porque as nações podem deixar de ter suas forças armadas, mas não podem prescindir de suas polícias, da força pública, para preservar a ordem pública, na realização do *bem comum*. Na realização do *bem comum*, de fato, o Estado deve ter a sua Polícia, a sua Força Pública, que não cogitará, tão só, da sua segurança ou da segurança da comunidade como um todo, mas sim, e de modo especial, da *proteção e da garantia de cada pessoa*, abrangendo o que se denomina de *segurança pública* o sentido coletivo e o sentido individual da proteção do Estado",

mesmo porque "a célebre e bicentenária Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 26 de agosto de 1789, no seu artigo 12, tudo isso já firmou, ou seja, *a garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública; esta força é, pois, instituída para favorecer a todos e não para ser utilizada particularmente por aqueles a quem está confiada*". Temos sustentado[33], em diversos estudos a respeito da temática em exame, que as locuções "*ordem pública*" e "*segurança pública*" têm gerado confusões, mesmo porque encerram conceitos jurídicos indeterminados. Entendemos, com Jean Rivero, que não se pode confundir o sentido de ordem pública dado pelo direito privado com o sentido da mesma locução dado em matéria de polícia administrativa, ou seja, em matéria de Direito Administrativo, como também entendemos, com Roberto De Ruggiero, que *ordem pública* é noção que só pode ser nacional, não se confundindo com a noção da locução *ordem internacional*. Aceitamos, igualmente, que a noção de *ordem pública* é mais fácil de ser sentida do que definida e resulta, conforme invocamos acórdão do Supremo Tribunal Federal, de *um conjunto de princípios de ordem superior, políticos, econômicos, morais e algumas vezes religiosos, aos quais uma sociedade considera estreitamente vinculada à existência e conservação da organização social estabelecida, obedecendo à noção de ordem pública*, que é bastante vaga, a um critério contingente, histórico e nacional.

E é de Louis Rolland[34], que invoca a autoridade de Hauriou, a noção de que a *ordem pública é uma situação de fato oposto à desordem, sendo essencialmente de natureza material e exterior,* razão pela qual, realmente, cabe à polícia administrativa assegurar a *boa ordem*, isto é, "*a tranquilidade pública, a segurança pública e a salubridade pública*". Finaliza com a afirmação de que "*assegurar a ordem pública é, em suma, assegurar essas três coisas, porque a ordem pública é tudo aquilo, nada mais do que aquilo*", vale dizer, agora com Blaise Knapp, que a *ordem pública propriamente dita tem a noção de ser a ausência de desordem, de atos de violência contra as pessoas, os bens ou o próprio Estado*. Esta noção, igualmente, é adotada por Paul Bernard, na sua clássica obra "*La notion d'ordre public en droit administratif*"[35].

O Supremo Tribunal Federal, aliás, sendo relator o Ministro Celso de Mello, a propósito de certa prisão cautelar, assentou que a locução "*garantia da ordem pública*" não permite a elasticidade interpretativa que

lhe foi conferida, porque ordem pública não se confunde com o clamor popular a justificar legitimação de privação cautelar de liberdade e, assim, antecipação de pena (RHC 81.395-TO). O Excelso Pretório realmente tem firmado este entendimento relativo à "*garantia da ordem pública*", como prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal, esclarecendo que ela não aceita a prisão fundada no clamor público porque "a admissão dessa medida, com exclusivo apoio na indignação popular, tornaria o Poder Judiciário refém de reações coletivas", reações estas "não raras vezes açodadas, atécnicas e ditadas pelo mero impulso ou passionalidade momentânea" (HC-QO 85.298-SP, rel. Min. Carlos Britto; HC 84.662-BA, rel. Min. Eros Grau), e que levam a um "processo midiático" e não ao devido processo legal, como também a uma "prisão midiática", como analisa Luiz Flávio Gomes, em artigo disponível em "Migalhas de peso", no *site* www.migalhas.com.br, em 17 de junho de 2008, às 15h15min, sob o título "Caso Isabela: prisão midiática".

Bem por isso toda esta noção de *ordem pública* engloba a de *segurança pública*, sendo esta um aspecto daquela, ao lado da *tranquilidade* e da *salubridade públicas*, como examinamos. Mas, se vaga e ampla é a de *ordem pública*, não menos o é a de *segurança pública*.

Muito se tem debatido, mas, no nosso entendimento[36], *segurança pública* é um *estado antidelitual* que resulta da observância dos preceitos tutelados pelos códigos penais comuns e pela lei das contravenções penais[37], com *ações de polícia preventiva* ou de *repressão imediata*, afastando-se, assim, por meio de organizações próprias, de todo perigo ou de todo mal que possa afetar a *ordem pública*, em prejuízo da vida, da liberdade ou dos direitos de propriedade das pessoas, limitando as liberdades individuais, estabelecendo que a liberdade de cada pessoa, mesmo em fazer aquilo que a lei não lhe veda, não pode ir além da liberdade assegurada aos demais, ofendendo-a[38].

4.3. Segurança pública no direito constitucional anterior

Analisando as anteriores Constituições, verificamos que a questão da segurança pública, diferentemente da de 1988 que dela tratou expressamente, não teve forma transparente, pois as anteriores ou desconheceram o problema ou deram tratamento ambíguo e não sistemático

ao tema.

Sobre o Direito Constitucional anterior, José Cretella Júnior[39] registrou que a Constituição Política do Império do Brasil de 1824 e a Constituição de 1891 foram omissas, enquanto a Constituição de 1934, artigo 159, e a Constituição de 1937, artigo 162, deram *à segurança pública* significado de *segurança nacional*, ao disporem que "todas as questões relativas à *segurança nacional* serão estudadas e coordenadas pelo Conselho Superior de Segurança Nacional e pelos órgãos especiais criados para atender às necessidades da mobilização". Por sua vez, continua José Cretella Júnior, a Constituição de 1946, artigo 179, previu que "os problemas relativos à defesa do país serão estudados pelo Conselho de Segurança Nacional e pelos órgãos especiais das Forças Armadas incumbidos de prepará-las para a mobilização e as operações militares", sendo que a Constituição de 1967, artigo 89, e Emenda Constitucional n. 1, de 1969, artigo 86, estão no sentido de que "toda pessoa natural ou jurídica é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei".

Daí o citado publicista ter concluído que, "assim, a *segurança pública*, que equivale à expressão segurança nacional, da Carta anterior, deve ser assegurada pelo Estado e colaboração de todos".

Contudo, quanto às Polícias Militares e Corpos de Bombeiros militares, verificamos que as duas instituições foram previstas no Direito Constitucional anterior, como, por exemplo, a sua previsão no artigo 13, § 4º, da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, atribuindo-se às Polícias Militares uma dupla função: a) *manutenção da ordem pública*; e b) *força auxiliar, reserva do Exército* (Os Corpos de Bombeiros Militares também o são).

4.4. Segurança pública e federalismo

Tratando de *O Federalismo Assimétrico,* Dircêo Torrecillas Ramos lembra ser o *equilíbrio* "um fator importante do federalismo assimétrico", não se podendo "na busca do equilíbrio provocar um outro tipo de desigualdade ou ajudar outras Regiões de forma a prejudicar a sua própria ou ao seu Estado"[40].

Entendemos ser importante tal lembrança, inclusive, no que se refere à área da segurança pública, porque a relação entre os sistemas policiais e a

estrutura federativa é estreita. O federalismo descentralizado, implantado no Brasil a partir da Proclamação da República, implicou a criação de um *sistema policial* altamente competitivo.

Ao longo do século XX, com efeito, as relações entre as polícias estaduais e as forças federais oscilaram com alterações na estrutura federativa. Nos períodos autoritários, as polícias estaduais foram submetidas ao controle do Governo Federal. Nos momentos de maior autonomia estadual, não se verificam esforços significativos de cooperação intergovernamental na área da segurança pública.

Segundo Arthur Costa e Bruno C. Grossi[41], "no Brasil, até a década de 1990, questões relativas à segurança pública eram tratadas essencialmente como responsabilidade dos Governadores de Estados. É bem verdade que a maior parte do trabalho de polícia é realizada pelas polícias estaduais civil e militar. Entretanto, o tema não é tão estadual quanto parece, uma vez que o exercício e a divisão do trabalho de polícia são disciplinados pela Constituição Federal. Além disso, a atividade policial também é condicionada pelo direito penal e processual penal, assuntos de competência exclusiva da União".

E, ao certo, os crimes têm se tornado cada vez mais *transnacionais*, o que determina uma ação integrada das polícias nas esferas Federal e Estadual, no âmbito de suas competências constitucionais, sem descartar a cooperação Municipal naquilo que seja também de suas atribuições constitucionais.

Aliás, quanto aos Municípios, conforme o artigo 144, § 8º, da Constituição de 1988, e pela primeira vez em termos constitucionais, eles poderão *constituir guardas municipais* destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme a lei dispuser. As Guardas Municipais, assim, são guardas patrimoniais, não podendo exercer atividades próprias da Polícia Militar e Polícia Civil, previstas no mesmo artigo 144, §§ 4º e 5º, pena de improbidade administrativa. Sobre essas *guardas*, elas terão exame no momento próprio (item 4.6).

4.5. Órgãos policiais com dignidade constitucional

A Constituição de 1988, como temos assentado, pela primeira vez na história constitucional do Brasil, embora em um único artigo, o artigo 144 e

seus nove parágrafos na atual redação, inscreveu um Capítulo dedicado à "Segurança Pública", dispondo sobre os órgãos encarregados de fazê-la, determinando a competência policial de cada órgão e tudo não sem antes dispor, expressamente, no *caput* do aludido artigo, que "a segurança pública, *dever do Estado, direito e responsabilidade de todos*, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio".

Anteriores Constituições brasileiras só conheciam, com *dignidade constitucional*, as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, bem como a Polícia Federal. Nenhum outro órgão policial era previsto em termos constitucionais.

A grande inovação constitucional, assim, foi a de expressar taxativamente, de modo enfático, que a *segurança pública*, que sempre foi *dever do Estado*, é também *direito e responsabilidade de todos*, porque direito de todos sempre o foi, uma vez que a atividade policial é daquelas consideradas como *serviço essencial do Estado*, como retroexaminado.

Não é, portanto, só o Estado que tem responsabilidades sobre segurança pública, porque, desde 1988, quando da promulgação da vigente Constituição da República toda a comunidade de cidadãos tem tal responsabilidade nos limites constitucionais e infraconstitucionais.

Como *dever do Estado*, o múnus do exercício da segurança pública foi atribuído aos órgãos elencados, de modo taxativo, nos cinco itens do *caput* do artigo 144 que passaram a ter dignidade constitucional, como já a tinham a Polícia Federal, as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares. Tal dignidade constitucional, portanto, foi estendida à Polícia Rodoviária Federal, à Polícia Ferroviária Federal e às Polícias Civis, para que só possam atuar na esfera de suas atribuições constitucionais previstas nos §§ 1º a 7º do artigo 144.

Guardas Municipais, embora previstas no § 8º do artigo 144 da Constituição de 1988, que também integra o Capítulo "Da Segurança Pública", como veremos logo mais, não são órgãos policiais e, assim, não têm a dignidade constitucional de que tratamos.

4.5.1. Polícias militares e corpos de bombeiros militares

Cabe-nos o exame dessas duas instituições, que surgiram no Brasil Império, dadas as implicações constitucionais e infraconstitucionais que

abordaremos.

Comecemos, porém, lembrando a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, por meio da qual se determinou que a Constituição de 1967 passasse a vigorar com a nova redação que dava, serviu de mecanismo de outorga de um novo texto constitucional, isto é, uma nova Constituição outorgada pelos poderes conferidos à Junta Militar, que assumira a Presidência da República em razão do Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968.

Todos estes Atos revolucionários alcançaram as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares, estes autônomos ou orgânicos (os orgânicos são os que integram as Polícias Militares), então regulamentados pelo Decreto-lei n. 667, de 2 de julho de 1969, que revogara o anterior Decreto-lei n. 317, de 1967, assegurando, contudo, a vigência daquele com as alterações decorrentes do novo texto constitucional. Quanto às competências dos Estados e Municípios, no Capítulo III, da Emenda Constitucional n. 1, as alterações ocorridas no § 4º do artigo 13, que versava sobre a instituição das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares, foram originadas pelo Ato Complementar n. 40, de 30 de dezembro de 1968, quanto à limitação da remuneração, e do próprio reconhecimento de que às Polícias Militares não se destinariam missões de segurança interna, limitando-se a atuação na área de *manutenção da ordem pública*, lembrando-se, nesta oportunidade, que, desde a Constituição de 1934, eram as Polícias Militares tomadas como *reservas* do Exército, na parcela autoexecutória da norma constitucional, certo que, desde a Constituição de 1946, elas apareceram instituídas para atuação no campo da *segurança interna* e *manutenção da ordem.*

Ao subtrair do texto constitucional a expressão segurança interna e substituir a locução "*manutenção da ordem*" pela locução "*manutenção da ordem pública*", a Emenda Constitucional n. 1 conduziu as Polícias Militares para as suas finalidades nitidamente *policiais*, ainda que mantidas adjetivamente militares.

Organizadas, atualmente, pela União, a quem compete privativamente legislar sobre "normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação das polícias militares e corpos de bombeiros militares", nos termos previstos no artigo 22, inciso XXI, da Constituição de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998, pode, porém, lei complementar autorizar os Estados a legislar sobre

questões específicas em relação às polícias militares e corpos de bombeiros militares, como previsto no parágrafo único do mesmo artigo 22.

Assim, diferentemente de anteriores Constituições, evoluiu-se para autorizar que, além das normas gerais da União, normas sobre questões específicas locais, desde que objeto de expressa lei complementar federal, poderão reger as polícias militares dos Estados e do Distrito Federal.

4.5.2. Defesa civil

O artigo 144, § 5º, da Constituição de 1988 diz incumbir aos Corpos de Bombeiros Militares a execução de atividades de *defesa civil*. Daí as indagações: o que é *defesa civil*?; só os Corpos de Bombeiros Militares devem executar atividades de defesa civil?

Cuidamos de dar resposta fundamentada em estudo que produzimos para a Coordenadoria Estadual de Defesa Civil da Casa Militar do Gabinete do Governador do Estado de São Paulo, para palestra sobre o tema "Da Defesa Civil e seu Poder de Polícia", logo após dois sinistros de grandes proporções ocorridos na cidade de São Paulo, um envolvendo avião que caiu da pista de um dos aeroportos da cidade, chocando-se contra um imóvel situado na avenida que o circunda, causando a morte de mais de uma centena de pessoas, além de danos materiais, outro envolvendo obras do Metrô paulistano, que ocasionaram abertura de enorme cratera no local, com as consequências decorrentes, incluindo, igualmente, perdas de vidas e bens materiais, móveis e imóveis.

Lembramos, naquela oportunidade, que, no Estado de São Paulo, há um bem elaborado *Sistema Estadual de Defesa Civil*, constituído por órgãos e entidades da Administração Pública Estadual e dos Municípios, como também por entidades privadas e pela comunidade, sob a coordenação da Coordenadoria Estadual de Defesa Civil, da qual é Coordenador o Secretário-Chefe da Casa Militar do Gabinete do Governador, nos temos da alínea *i*, do inciso II, do artigo 30 do Decreto n. 38.567, de 27 de abril de 1994, tudo a teor do Decreto n. 40.151, de 16 de junho de 1995, que reorganizou o *Sistema Estadual de Defesa Civil e dá outras providências.*

Indicamos os Decretos acima, ambos do Governador do Estado de São Paulo, porque, desde logo, surgiu a indagação sobre a recepção pelo Decreto Federal n. 5.376, de 17 de fevereiro de 2005, que dispõe sobre o *Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC* e o *Conselho Nacional de*

Defesa Civil e dá outras providências, bem como se tudo isso pode ser ato da competência do Chefe do Poder Executivo.

Respondemos, então, afirmativamente, porque a Constituição da República, no seu artigo 21, inciso XVIII, diz ser da competência da União "planejar e promover a defesa permanente contra calamidades públicas, especialmente as secas e inundações", prevendo, para tanto, no seu artigo 84, inciso VI, alínea *a*, competir *privativamente* ao Presidente da República dispor, mediante *decreto*, sobre a organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, como ocorre na hipótese em estudo.

Bem por isso concluímos que, em nível estadual, a competência privativa é do Governador do Estado para adequar e organizar o *Sistema Estadual de Defesa Civil* à política nacional de defesa civil, porque a norma constitucional federal acima referida tem norma similar no artigo 47, inciso XIX, alínea *a*, da Constituição do Estado de São Paulo, que também prevê competir *privativamente* ao Governador, além de outras atribuições previstas nessa Constituição Paulista, *dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos*.

Foi assim que, a partir daí, lembramos que, conceitualmente e a teor do Decreto Federal n. 5.376, de 2005, que é ato normativo em nível federal, Defesa Civil é "*o conjunto de ações preventivas, de socorro, assistenciais e recuperativas destinadas a evitar e minimizar os desastres, preservar o moral da população e restabelecer a normalidade social*".

Em razão disso, concluímos que para o Estado de São Paulo – e a conclusão serve para todas as unidades da nossa Federação – deve ser reconhecido que os órgãos e entidades públicas que integram Sistema Estadual de Defesa Civil têm o correspondente *poder de polícia* para as ações de defesa civil, como são os seus objetivos previstos nos decretos enfocados, ou seja, *planejar e promover a defesa permanente contra desastres naturais ou provocados pelo homem, atuando na iminência e em situações de desastres, prevenindo ou minimizando danos, socorrendo e assistindo populações atingidas e recuperando áreas afetadas por desastres.*

Aliás, os municípios brasileiros, igualmente, estão envolvidos com as atividades de defesa civil na forma que determinar a respectiva Lei

Orgânica de que trata o artigo 29 da Constituição da República, observadas as regras de competência municipal de que trata o artigo 30 da mesma Carta Constitucional. Aliás, segundo dados divulgados pelo noticiário dos órgãos de comunicação, em 2008, o Brasil tinha 5.565 municípios, dos quais só 4.299 possuíam coordenadorias municipais da defesa civil (Condec), certo que a maioria delas só existia no papel, e só aparecem quando o desastre acontece.

Para finalizar este tema, devemos lembrar Orlando Rodrigues de Camargo Filho[42], que em exposição que nos foi feita, observou que a *defesa civil* tem origem bíblica, na conhecida *História do Dilúvio*, onde consta toda a logística para a construção da *Arca de Noé*, embarque e salvação dos animais, além de Noé e familiares[43].

Esta a resumida noção do que devemos entender por *Defesa Civil.*

4.6. Guardas municipais

4.6.1. O interesse local do município e a ordem pública

A problemática das Guardas Municipais merece também este tópico esmiuçado, porque, diante do federalismo brasileiro, tem havido certo posicionamento favorável a que guardas municipais exerçam atividade de polícia de segurança pública voltada à prevenção de infrações penais. Dirigentes de guardas municipais, a pretexto de haver, como se disse alhures, um clamor por maior segurança e que, agora, o Município, elevado à condição de unidade federativa, pode considerar como de *interesse local* os assuntos relativos à ordem pública, vêm agindo, ou procurado agir, de forma superposta às Polícias Estaduais, fazendo tanto a prevenção como a repressão imediata de infrações penais, conforme anteriormente analisamos nos *Estudos de Direito Administrativo*, em capítulo em que cuidamos da *Segurança Pública e o Aperfeiçoamento da Polícia no Brasil*[44]. Este posicionamento implica *improbidade administrativa* como prevista no artigo 11, *caput* e inciso I, da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, Lei da Improbidade Administrativa, que diz constituir ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente quando se pratica ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso

daquele previsto na regra de competência.

A Constituição de 1988 não atribuiu competência à Guarda Municipal para atividade de polícia de segurança pública ou atividade de polícia judiciária, esta, de natureza repressiva, que se desenvolve após a infração penal, aquela, de natureza preventiva, antes dessa prática, mas ambas de competência da polícia estadual a teor do artigo 144, §§ 4º e 5º, da Constituição da República. Guarda Municipal – lembrando que guarda civil e guarda noturna são denominações desconhecidas constitucionalmente – está prevista no artigo 144, § 8º, da Constituição de 1988 que atribui ao Município a possibilidade de sua criação facultativa para, conforme regra de competência constitucional vinculativa que impõe taxativamente, destiná-la "à proteção de seus bens, serviços e instalações".

Invocar o *interesse local* como fundamento constitucional para o Município violar as regras de competências constitucionais da polícia estadual não pode colher sorte, porque como anteriormente sustentamos com apoio em Diógenes Gasparini, que bem tratou das guardas municipais na Constituição de 1988, e a respeito da questão interpretativa sobre a locução *interesse local*, temos que considerar que, em lugar da tradicional cláusula do *peculiar interesse*, configurado nas Constituições anteriores, o constituinte de 1988 preferiu a do *interesse local* sem, contudo, inovar no conteúdo. Daí por que o *interesse local* é o que se sobressai e prepondera quando confrontado com o Estado e o da União, cabendo, porém, deixar certo que os serviços de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, a toda força, não são predominantemente locais, dado destinarem-se a coibir a violação da ordem jurídica, a defender a incolumidade do Estado e dos indivíduos e a restaurar a normalidade de situações e comportamentos que se opõem a esses valores. A quebra da ordem jurídica e os atentados contra o Estado e os indivíduos são comportamentos que transcendem as fronteiras do Município, escapando, assim, do predominantemente municipal e determina, em razão disso, outra ordem de competência, a cujos integrantes cabem prestá-los.

Clovis Beznos, também cuidando do tema da Guarda Municipal, em monografia que aproveitamos nos nossos *Estudos de Direito Administrativo* retrocitados, objetivamente, define que a questão relativa à ordem pública diz respeito ao *interesse nacional*, não se confundindo *ipso facto* em mero interesse peculiar do Município, razão de concluir que a manutenção da ordem pública inquestionavelmente é tarefa cometida aos Estados-

membros, aos Territórios e ao Distrito Federal, pelas suas polícias militares.

Como demonstrado, ficamos certos do total descabimento de pretextar-se o *interesse local* para justificar o emprego de guarda municipal na preservação da ordem pública, cujo valor não é de *peculiar interesse* do município, mas de *interesse nacional*, conforme remansosa doutrina jurídica nacional e estrangeira.

4.6.2. Impossibilidade da guarda municipal de atuar como polícia de segurança pública

Lembremos que, sobre a competência constitucional da guarda municipal, conforme discorremos nos aludidos *Estudos de Direito Administrativo*, o entendimento dos juristas pátrios, aceito pela jurisprudência de nossos tribunais, está no sentido que ela não pode ser considerada *polícia municipal* e, portanto, não se destina prioritariamente à proteção de pessoas, conforme, aliás, também citamos em trabalho sobre *Da Segurança Pública na Constituição de 1988*.

Dessa posição não diverge José Afonso da Silva, que teve papel destacado na Constituinte de 1988 como assessor jurídico do Senador Mário Covas, em duas de suas obras: *Curso de Direito Constitucional Positivo* (6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990) e *O Município da Constituição de 1988* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990), dela também não divergindo Toshio Mukai, *A Administração Pública na Nova Constituição Brasileira* (São Paulo: Saraiva, 1989), bem o corpo técnico-jurídico da Fundação Faria Lima – Centro de Estudos e Pesquisas de Administração Municipal (CEPAM) (*Breves Anotações à Constituição de 1988*, São Paulo: Atlas, 1990), ainda, José Cretella Júnior, que traz à colação jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (*Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992), como também trouxemos em nossa obra *Estudos de Direito Administrativo*.

A impossibilidade de que tratamos foi objeto de manifestação da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados, que, à unanimidade, declarou inconstitucionalmente Projeto de Lei n. 2.669-A/89, que a pretexto de regulamentar o artigo 144, § 8º, da Constituição de 1988, fixava atuação concorrente dos municípios, através das guardas municipais, para auxiliar na manutenção da ordem pública.

Lembremos, mais uma vez, José Afonso da Silva quando afirmou que

“Interpretar uma Constituição significa caminhar em direção ao contexto no qual ela se move. Para compreendê-la é indispensável tê-la em função desse contexto”[45].

Foi, com esse propósito contextual, que o mesmo constitucionalista, cuidando do artigo 144 da Constituição de 1988, naquilo que trata das *guardas municipais*, reafirmou que os constituintes recusaram várias propostas de instituição de polícias municipais, como também que a elas, guardas municipais, não se cometeu competência para fazer policiamento ostensivo, nem judiciário, nem a apuração de infrações penais, conforme acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Criminal n. 124.767-3/5, de Americana, da qual foi relator o Desembargador Cunha Bueno, e, ainda, como a mesma Corte de Justiça tinha decidido na Apelação Criminal n. 96.007-3/0, de Araras, relator o Desembargador Weiss de Andrade[46].

Está, portanto, evidente que a guarda municipal, ao agir como polícia de ordem pública, o faz ao arrepio da Constituição e das leis, sujeitando, assim, os seus mandantes e executores às graves consequências da *improbidade administrativa*, que ressaltamos no início desta exposição, inclusive, com a responsabilidade criminal, civil e administrativa, além da política, agentes públicos que são a teor do artigo 2º da referida Lei de Improbidade Administrativa, e artigo 327 do Código Penal.

Cabe, pois, às autoridades e às pessoas atingidas pelos atos ilegais, inclusive a *entidades de classe* como, por exemplo, a FENEME – Federação Nacional das Entidades de Oficiais Militares Estaduais, providenciar o que devido, fazendo manifestar-se o Poder Judiciário, quer sobre o exercício irregular e abusivo da atividade policial, quer sobre os atos normativos municipais que eventualmente o esteja “amparado”, evitando-se o conflito e a superposição de funções públicas tão graves como estas.

Lembremos, com Caio Tácito, que a primeira condição de legalidade é a competência do agente. Não há, em direito administrativo, competência geral ou universal: a lei preceitua, em relação a cada função pública, a forma e o momento do exercício das atribuições do cargo. *Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito. A competência é, sempre, um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador*[47].

Cumpre, portanto, examinar agora o papel constitucional do Município, através de sua guarda municipal, nessa área da segurança pública.

4.6.3. Utilidade da guarda municipal agindo constitucionalmente

Guarda Municipal, se criada, será sempre órgão da administração municipal e, assim, sujeita ao *princípio da legalidade estrita*, como inserido no artigo 37, *caput*, da Constituição da República, o que nos enseja lembrar a lição de Hely Lopes Meirelles no sentido de que a eficácia de toda atividade administrativa – e a polícia o é – está condicionada ao atendimento da lei, porque, *na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal, só lhe sendo permitido fazer aquilo que a lei autoriza*, razão de não se poder descumprir os seus preceitos, geralmente de ordem pública, e isso nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contém verdadeiros *poderes-deveres*, irrelegáveis pelos agentes públicos[48].

Guarda Municipal tem a sua competência delimitada pelo § 8º do artigo 144 da Constituição de 1988, certo que ela não está inscrita, como examinamos anteriormente, entre os órgãos que, taxativamente previstos no *caput* do mesmo artigo 144, exercem a segurança pública. Bem por isso dentro da sua competência constitucional à guarda municipal foi destinada, no âmbito do Município que a criou, a proteção dos seus bens, dos seus serviços e instalações, tudo conforme dispuser a lei.

Evidencia-se, ressaltemos, que não são todos os bens públicos municipais a que alude o artigo 99 do Código Civil, sob pena de vir à guarda municipal a competir com a Polícia Militar, como, por exemplo, ao pretender-se que ela se destine a proteção de estradas municipais, e, ainda, das ruas e praças, hipóteses de bens previstas no inciso I do referido artigo 99 da lei civil como sendo *bens públicos de uso comum do povo*.

Restaria, pois, ao Município destinar a sua guarda municipal a proteção dos seus *bens públicos de uso especial* e *bens públicos dominicais*, previstos, respectivamente, nos incisos II e III do mesmo artigo 99. Os de *uso especial* são aqueles como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias. Os *dominicais* são os que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas. Como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Guarda Municipal, bem por isso, tem extensa utilidade para, sem extrapolar a regra de sua competência constitucional, em benefício da coletividade local, proteger as escolas, hospitais, prontos-socorros, centros de saúde, parques, creches, centros educacionais, mercados, monumentos, prédios públicos em geral, cemitérios, enfim toda infraestrutura municipal que vem sendo atacada diuturnamente por atos de vandalismo.

Seus integrantes, vigilantes que são do patrimônio municipal, conforme lição de Pedro Luiz Carvalho de Campos Vergueiro, colhida em Diógenes Gasparini[49], "quando no exercício de suas funções, estarão – mediatamente de fato e não por força de obrigação legal, sem ser atividade inerente às suas atribuições – dando, como qualquer cidadão, proteção aos munícipes. *A sua mera presença nos locais designados, junto a logradouros públicos ou próprios municipais, prestar-se-á como força psicológica em prol da ordem*, beneficiando, assim, de forma indireta, os munícipes. Ou seja, essa vigilância implicará proteção para os munícipes: aquela como atribuição decorrente da norma jurídica e essa como um *plus* empírico resultante daquela".

4.6.4. Necessidade de lei federal para regulamentar a competência constitucional da guarda municipal

O artigo 144, § 8º, da Constituição de 1988 exige que a atuação constitucional da guarda municipal seja realizada conforme dispuser a lei. Essa lei só pode ser federal de modo que obrigue todos os municípios a observá-la uniformemente, como passaremos a examinar.

Está bem evidenciado o que a guarda municipal deve e pode fazer dentro da sua competência constitucional, dando-lhe o *poder-dever* de agir dentro do disposto nas normas constitucionais, vedada qualquer ampliação por norma infraconstitucional, como, por exemplo, o patrulhamento das ruas, a rea1ização de barreiras, a identificação de transeuntes, cumprimento de mandados de prisão expedidos por magistrados, celas para recolhimento de pessoas, inclusive menores de idade etc., como vem acontecendo, ou aconteceu, em especial, em alguns municípios paulistas.

Para isso a guarda municipal não tem poder de polícia nem pode lei municipal concedê-lo invocando o princípio da autonomia legislativa municipal, tudo sob pena de responsabilização por improbidade administrativa como anteriormente demonstrado.

Trata-se de matéria cuja competência está rigidamente fixada na Constituição e sua regulamentação só pode ser feita por lei federal, porque, conforme afirmamos em trabalho anterior[50], com apoio em Pontes de Miranda, "são inconstitucionais e suscetíveis de serem tratadas como forças ilegais todas as organizações policiais, mesmo estaduais, que não se fundarem em lei federal".

4.7. Força nacional de segurança pública

Como estamos analisando, há necessidade de transformação nas instituições de *segurança pública*. Mas ela há de realizar-se dentro dos parâmetros constitucionais de 1988, que, no caso, no seu artigo 144, *caput*, é taxativo em enumerar os órgãos que a exercem, ou seja, no âmbito da União, como polícias federais, temos a polícia federal, a polícia rodoviária federal e a polícia ferroviária federal, cada uma delas com competência prevista nos §§ 1º, 2º e 3º do aludido artigo 144, enquanto, em nível dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, temos as Polícias Civis, as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares, com competências expressas nos §§ 4º e 5º do mesmo artigo.

Tudo isso não seria necessário dizer não fosse a inaceitável criação, pelo Governo Federal, de uma *Força Nacional de Segurança Pública*, inicialmente por um simples decreto federal, o Decreto nº 5.289, de 29 de novembro de 2004, a pretexto de disciplinar "a organização e o funcionamento da administração pública federal para o desenvolvimento do programa de cooperação federativa denominada *Força Nacional de Segurança Pública*, e dão outras providências". E, agora, por lei, a Lei n. 11.473, de 10 de maio de 2007, que desrespeita o pacto federativo ao dispor sobre cooperação federativa no âmbito da segurança pública e revoga a Lei n. 10.277, de 10 de setembro de 2001", conforme tivemos oportunidade de dissertar em a "*Força Nacional de Segurança Pública (Sua Inconstitucionalidade)*"[51].

Aliás, em palestra sobre a "*Ordem constitucional e segurança pública*", promovida pela Editora Revista dos Tribunais e gravada em 23 de fevereiro de 2007, para ficar disponível em seu *site* – www.rt.com.br – durante o ano de 2007, tivemos oportunidade de sustentar que "há uma *ordem constitucional* que disciplina a temática em exame e que merece ser

observada, por quem quer que seja, isto é, pelas autoridades públicas ou cidadão comum", porque "o mesmo artigo 144 enumera, *absoluta e taxativamente*, quais os órgãos que estão legitimados a exercer atividades de segurança pública, indicando em seus parágrafos a competência de cada um deles. Órgão não previsto expressamente na Constituição Federal não pode exercer atividade de segurança pública...".

Lembremos, como temos lembrado em outras oportunidades, a advertência do Ministro Celso de Mello, com grifos seus em itálico, ao prefaciar obra de Alexandre de Moraes[52], advertência essa no sentido de não bastar "somente conhecer a Constituição. Mais do que isso, *impõe-se respeitá-la*, forjando-se, no espírito dos governantes e dos cidadãos, a consciência de sua inquestionável superioridade. A própria experiência político-institucional brasileira, registrada ao longo de nosso processo histórico, revela-nos uma significativa lição e transmite-nos uma grave advertência, *pois nada compensa* a ruptura da ordem constitucional. *Nada recompõe* os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de *infidelidade* ao texto da Lei Fundamental, como adverte KONRAD HESSE (*A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 22). [...] A *defesa* da Constituição, por isso mesmo, não se expõe *nem* deve submeter-se a *qualquer* juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes *com* a Constituição *há de ser*, necessariamente, uma relação de incondicional respeito", concluiu o eminente jurista prefaciador, que ilustra o Supremo Tribunal Federal.

Disso tudo decorre a inviabilidade jurídico-constitucional sobre a atuação conjunta de órgãos que integram o sistema de segurança pública, vinculados a diferentes entes da Federação, tais como a designação de militares estaduais, como também é inconstitucional a atuação de militares estaduais em outro estado-membro, o que torna ilegítimo o exercício de autoridade policial militar, causando, bem por isso, dúvida de competência na definição da Justiça competente para julgar a eventual prática de crime (comum ou militar), tudo sem dizer da impossibilidade jurídico-constitucional de o militar estadual receber diárias e/ou indenizações por exercício de suas atividades constitucionais de polícia militar em outra unidade da Federação, sob pena de incidir nas sanções de improbidade administrativa, como previstas no artigo 37, § 4º, da Constituição da República em comento.

O intérprete – como proclamam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco[53] – não pode ser induzido "A salvar a lei à custa da Constituição, nem tampouco a contrariar o seu sentido inequívoco para constitucionalizada de qualquer maneira. No primeiro caso porque isso implicaria interpretar a Constituição conforme a lei e, assim, subverter a hierarquia das normas; no segundo, porque toda conformação exagerada implica, no fundo, usurpar tarefas legislativas e transformar o intérprete em legislador positivo, na exata medida em que a lei resultante dessa interpretação – conformadora só nas aparências – em verdade seria substancialmente distinta, em sua letra como no seu espírito, daquela que resultou do trabalho legislativo".

Não há, portanto, como salvar a inconstitucionalidade das atividades que se cometeram à "Força Nacional de Segurança Pública" e tudo que dela trate, mesmo de lei que, só na aparência, esteja a regulamentar o § 7º do artigo 144 da Constituição de 1988.

4.8. Polícia comunitária

A atividade de segurança pública, conforme *caput* do artigo 144 da Constituição de 1988, é dever do Estado que o cumpre através de órgãos de sua Polícia, taxativamente previstos nos seus incisos. Bem por isso é direito e responsabilidade de todos, conforme completa o mesmo *caput* do artigo 144, que tem consonância com o artigo 1º, nos seus incisos II (a cidadania) e III (a dignidade da pessoa humana), dois dos fundamentos do Estado Democrático de Direito proclamado no *caput* do aludido artigo 1º, como também tem consonância com o artigo 4º, inciso II (prevalência dos direitos humanos) e ainda com o artigo 5º, que no seu *caput* reafirma que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à *segurança* e à propriedade, nos termos dos cerca de setenta e oito incisos que são apresentados no aludido artigo 5º, como clausulas pétreas pelo artigo 60, § 4º, da Constituição em exame, pois não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir, entre outras hipóteses, a do seu inciso IV, que se refere *aos direitos e garantias individuais*.

Bem por isso e uma vez *que todo poder emana do povo, que o exerce por*

meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição de 1988, o "Sistema de Segurança Pública" evoluiu para bem atender à comunidade brasileira e, assim, alterando a cultura policial e governamental, vem buscando implantar a *Filosofia da Polícia Comunitária*, de vez que os órgãos policiais devem servir ao povo brasileiro, que tem o direito de ter a sua polícia junto das suas comunidades locais e não policiais encastelados em suas repartições públicas ou aquartelamentos.

Seguiu-se, em verdade, tendência mundial nesse sentido como abordaremos, não sem antes recordarmos que o artigo 12 da mais do que bicentenária "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão", datada de 26 de agosto de 1789 e incorporada à Constituição Francesa de 3 de setembro de 1791, em tradução livre, declarou de modo enfático que a garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma *força pública* e esta *força* deve ser instituída para o benefício de todos e não para utilidade particular daqueles a quem está confiada[54].

O ordenamento constitucional de 1988, destarte, foi fator preponderante na implementação de programas de formação em *direitos humanos* para policiais, formação essa inserida na grade curricular das academias de polícia militar. Ao longo da década de 1990, a questão dos direitos humanos tornou-se ainda mais expressiva no debate público, revelando-se necessário o desenvolvimento de programas de *policiamento comunitário* para o estreitamento das relações entre a polícia e a comunidade, incentivando-se, ainda, uma política de segurança preventiva.

Daí ter surgido a locução *policiamento comunitário*, de uso mais abrangente para designar múltiplas modalidades das práticas policiais orientadas para prevenção e solução de problemas a partir de ações locais.

A locução *Polícia Comunitária*, ou seja, aquela que desenvolve o *policiamento comunitário*, assim não está a indicar a existência de um novo órgão de segurança pública, não previsto no artigo 144 da Constituição de 1988. Tal locução indica, ao certo, uma filosofia que ganhou o *status* de doutrina policial que pode ser compreendida em três grandes dimensões interdependentes: a) como estratégia operacional; b) como estratégia de relacionamento com o público em geral; e c) como estratégia política.

Outras locuções têm sido utilizadas comumente, tais como: Polícia Cidadã, Polícia Preventiva, Polícia lnterativa, Polícia Solidária etc., todos para nomear os programas institucionais de vários departamentos de polícia

em vários países do mundo, em especial no Japão, e também em vários Estados do Brasil, dentre os quais o de São Paulo, cuja Polícia Militar se tornou o *polo difusor da doutrina de Polícia Comunitária* para a América Latina e unidades federadas.

Neste sentido, aliás, várias manifestações nos discursos de abertura da "113th. Annual Conference of the International Association of Chiefs of Police", congresso este realizado em Boston, Massachusetts, Estados Unidos da América, de 14 a 18 de outubro de 2006, como também em vários painéis nela realizados, que trataram do "Community Policing" e incentivaram o policiamento comunitário. No Estado de São Paulo, outro exemplo, o projeto de polícia comunitária, tem o objetivo de transformar a polícia em "polícia de proteção dos direitos da cidadania e da dignidade da pessoa humana", dois dos fundamentos da República Federativa do Brasil, como Estado Democrático de Direito, conforme artigo 1º, incisos II e III, da Constituição de 1988.

Na mesma unidade da Federação Brasileira, por exemplo, a missão ou o papel da sua Polícia Militar, a quem cabe as atividades de polícia ostensiva e a preservação da ordem pública (artigo 144, § 5º, da Constituição de 1988), estando, assim, ostensivamente presente nas vinte e quatro horas do dia em todo o Estado, a ela cabe fazer um policiamento personalizado de serviço completo, onde o policial militar, vinculado a uma determinada área, presta serviços em parceria preventiva com a comunidade local, para identificação e busca de solução dos problemas contemporâneos, como crimes, drogas, medos, desordens físicas e morais e até mesmo a decadência dos bairros, com o objetivo de melhorar a qualidade de vida na área.

4.9. Reformulação da segurança pública no Brasil

Considerando a experiência internacional com *políticas de segurança pública* e as evidências encontradas pelas ciências sociais, podemos afirmar que as inovações mais significativas introduzidas nessa área, nas três últimas décadas, foram aquelas que tornaram possível a redução do crime e da violência a partir de abordagens preventivas.

Tais resultados, que seguem sendo obtidos em inúmeros projetos e iniciativas eficazes de *segurança pública* em todo o mundo, permitiram que

as visões mais tradicionais que reduziam os próprios desafios da segurança, nos termos da aplicação da lei, fossem repensadas a partir de um contexto de interação crescente entre as atividades dos policiais, os diferentes órgãos governamentais, as comunidades e o aporte crítico da pesquisa científica.

Nesse redesenho, restou claro que as tarefas de *repressão e preservação da ordem pública* são e continuarão sendo muito importantes para qualquer estrutura moderna de policiamento, mas podem e devem ser desenvolvidas por uma racionalidade programática orientada pelos objetivos da paz, da proteção aos direitos humanos e da prevenção ao crime e à violência em geral.

Tudo isto deve ser observado em futuras alterações do texto constitucional de 1988, de modo que incentive, e não tolha o processo de transformação nas instituições de segurança pública.

4.10. Transformação nas instituições policiais

Muitos os autores e especialistas em segurança pública que, realmente, chamam a atenção para o fato de que as últimas três décadas se caracterizaram pela construção de uma conjuntura internacional marcada por notáveis inovações e por reformas consideráveis das próprias instituições policiais.

Em um período relativamente curto, a maior parte das polícias europeias, e mesmo norte-americanas, repensou radicalmente suas atribuições, formação, estratégias e relacionamentos com as comunidades a que devem prestar seus serviços.

Nesse processo, influenciado primeiramente pelo fracasso dos modelos *reativos* de policiamento, e também pelas descobertas científicas, bem como pelo acúmulo de evidências colhidas, foram introduzidas inovações centrais em segurança pública. Entre estas, estão o retroestudado modelo de *polícia comunitária* e de *policiamento orientado* para a solução de problemas, o georreferenciamento e o conjunto de tecnologias para o mapeamento do crime e da violência, o uso da *Inteligência Policial*, os novos recursos tecnológicos (no Estado de São Paulo, por exemplo, o INFOCRIM – Sistema de Informações Criminais da Secretaria de Estado dos Negócios da Segurança Pública, cujo suporte é dado pela PRODESP – Empresa de Processamento de Dados do Estado de São Paulo, e

FOTOCRIM – Sistema de Fotografias Criminais da Polícia Militar do Estado de São Paulo; no âmbito da União, por exemplo, o INFOSEG – Sistema de Informações de Segurança Pública do Ministério da Justiça), que permitiram uma revolução nas técnicas de controle e mapeamento da criminalidade, tais como o uso de câmeras em espaços públicos, o uso de armas não letais, o emprego de satélites no rastreamento, dentre outros.

Tudo isto, em verdade, tornou-se possível dado que, repetimos, a teor do artigo 144, *caput*, da Constituição de 1988, "*A segurança pública*, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a *preservação da ordem pública* e da incolumidade das pessoas e do patrimônio...".

4.11. Necessidade de implementação de normas constitucionais referentes à segurança pública

4.11.1. Regulamentação do § 7º do artigo 144

Torna-se necessária a urgente regulamentação da atividade policial, a que alude o § 7º do artigo 144 da Constituição de 1988, articulando-se um verdadeiro sistema, com organização integrativa, baseada no *princípio de coordenação*.

Trata-se de coordenação para atuar juntos, atuar no mesmo propósito e atuar sem perdas, o que se realiza de dois modos: a) pela cooperação; e b) pela colaboração. De outro lado, organizar o *sistema de segurança pública* não significa, em absoluto, descaracterizar as Instituições que o integram. Muito pelo contrário, deve-se trabalhar para o seu aperfeiçoamento, uma vez que não se podem alterar essas competências constitucionais. Nada que se afaste do próprio comando constitucional, mas, ao contrário, tudo para o seu simples cumprimento.

A lei que disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades, como previsto na norma constitucional do artigo 144, § 7º, necessita, até mesmo, preceder, lógica e cronologicamente, as Leis Orgânicas das Polícias, Civil e Militar, porque melhor seria ter plena visão do sistema para depois lhe definir as peças. O comando constitucional tem sido frustrado, porque o que se tem feito até agora é tratar de projetos orgânicos específicos sem ter um projeto sistêmico geral pronto.

4.11.2. Lei Orgânica das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares (LOPM)

A Lei Orgânica das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares é exigida pelo artigo 22, inciso XXI, da Constituição de 1988, e é da *competência privativa* do Presidente da República, sendo destinada a ditar normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares. A importância dessa lei é grande.

Urge que a norma constitucional referida seja implementada o mais breve possível, porque tais instituições militares estaduais ainda são regidas pelo defasado Decreto-Lei n. 667, de 2 de julho de 1969, que, recepcionado em parte pela nova ordem constitucional de 1988, necessita de urgente atualização ou revogação para a matéria nele versada ficar de acordo com a nova realidade constitucional e social brasileira, dotando as polícias militares e corpos de bombeiros militares de uma nova estrutura orgânica funcional uniforme e atualizada, de maneira que garanta a eficiência e a eficácia de suas atividades dentro dos parâmetros estabelecidos na própria Constituição de 1988.

4.11.3. Lei Orgânica das Polícias Civis (LOPC). Termo circunstanciado

A Constituição de 1988, no artigo 24, inciso XVI, prevê competir à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre "organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis".

Nestes vinte anos da Constituição o que se verifica é que projetos de lei, enviados ao Congresso Nacional pela União, invadem a área de atuação constitucional prevista para as Polícias Militares, como a preservação da ordem pública, pois outorgam às Polícias Civis, que só têm a competência constitucional de exercício das atividades de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares (artigo 144, § 4º, da Constituição de 1988), competências outras, de polícia preventiva, que é administrativa e não judiciária, gerando conflitos de atribuições.

Outro ponto que tem gerado conflitos que postergam a edição da Lei Orgânica das Polícias Civis é que os projetos de lei atribuem *privativamente* aos Delegados de Polícia a lavratura do "Termo Circunstanciado", previsto na legislação que disciplina os Juizados Especiais Criminais, previstos no artigo 98, inciso I, da Constituição de 1988, violando toda a filosofia de criação de tais juizados especiais criminais e consolidada em alguns dos

Estados da Federação, que permite ao policial militar, que atendeu à ocorrência de infração penal de menor potencial ofensivo, a lavratura do "Termo Circunstanciado". A norma constitucional de 1988, como focalizamos, ao cuidar das funções de polícia judiciária e apuração de infrações penais, exceto as militares, isto atribuiu às Polícias Civis, mas sem *exclusividade* desses órgãos.

Por essa razão a Constituição de 1988 não veda que a lei autorize outras autoridades públicas, agentes administrativos ou magistrados, a lavrarem o "Termo Circunstanciado", tema este que tem dado origem a grandes debates, inclusive, no Supremo Tribunal Federal, na ADIn 2862, com o reconhecimento de que a lavratura do "Termo Circunstanciado" pode ser realizado pelas Polícias Militares.

Enquanto tudo isto acontece, passados vinte anos da vigência da Constituição de 1988 e em detrimento da sociedade brasileira, ainda não foi implementada a norma do artigo 24, inciso XVI, que deve ser combinada com a do artigo 144, § 4º, ambos da Constituição de 1988, normas essas que dizem respeito às Polícias Civis.

4.11.4. Aplicação de subsídios nos moldes do § 9º do artigo 144, combinado com o § 4º do artigo 39

Entende-se por *subsídios* uma modalidade de remuneração a determinados agentes públicos que, nos termos da norma constitucional de 1988 de regência, recebem em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória.

Esta modalidade remuneratória, prevista no artigo 39, § 4º, da Constituição de 1988, foi estendida aos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados no artigo 144 da Constituição de 1988, por força do seu § 9º que foi acrescentado pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998.

A implantação de *subsídios* para os policiais faz-se necessária, pois, atualmente, a remuneração, os adicionais e outras vantagens pecuniárias recebidas por esses agentes públicos trazem grandes disparidades entre si. A aplicação dessa modalidade tornará a folha de pagamento linear, eliminando desigualdades nas remunerações existentes e estabelecerá consonância com a própria Constituição de 1988.

4.11.5. Reformulação da segurança pública e aperfeiçoamento da polícia

Entendemos que, apesar dos avanços em nível constitucional de 1988, deve haver uma reformulação na área da segurança pública e o consequente aperfeiçoamento da Polícia no Brasil.

Isto defendemos[55] desde nosso estudo sobre "*Segurança Pública e o Aperfeiçoamento da Polícia no Brasil*", que foi tema de exposição em "Encontro dos Comandantes-Gerais das Polícias Militares" realizado em São Paulo, nos dias 26 e 27 de setembro de 1991.

Algumas das propostas dependem, simplesmente, de normatização infraconstitucional, mas que devem ser implementadas, inclusive, em respeito à ordem constitucional vigorante a partir da Constituição de 1988.

Deve, por exemplo, haver uma razoável *Política Nacional de Segurança Pública*, devendo, também, ser cumprida a exigência da norma do artigo 144, § 7º, da Constituição de 1988, pois, passados vinte anos da sua vigência, o Congresso Nacional ainda não cuidou da lei que deve disciplinar a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

Na segunda etapa, devem vir as demais leis necessárias para os fins acima colimados pela norma constitucional indicada.

Para tanto, os trabalhos devem considerar *pressupostos básicos*, como o relacionamento harmônico entre os órgãos encarregados da segurança pública, inclusive guardas municipais e seguranças privadas, em tudo observando-se o princípio da racionalidade, eliminando-se, de vez, a superposição de funções, através da diminuição drástica da área de interseção de competências previstas na Constituição de 1988.

Deve-se buscar a moralização da Polícia, dando-se ênfase a uma deontologia policial e, assim, combatendo-se a violência, a corrupção e o desvio de finalidade na atividade policial.

O policial deve ser valorizado, inclusive com previsão de pena mais exacerbada quando a vítima do marginal for policial ou familiar seu, em especial, nos casos de vingança, valendo o modelo, em linhas gerais, para todo o País.

Há, igualmente, pressupostos para harmonia entre os órgãos policiais, medidas restritivas de competência, propostas para integração entre as

polícias, enfim toda uma gama de propostas doutrinárias no campo da segurança pública, com o objetivo de seu exercício, com eficiência, para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, como previsto no artigo 144, *caput*, da Constituição de 1988.

Daí por que todo órgão federal destinado a administrar, em nível nacional, a segurança pública deve ter uma participação paritária dos órgãos policiais, incluindo representantes dos Ministérios interessados, cabendo, de outra parte, às Secretarias de Segurança dos Estados, Distrito Federal e Territórios, onde houver, a coordenação das atividades policiais na respectiva entidade federada, zelando, inclusive, para que os órgãos policiais se voltem ao cumprimento de suas atribuições constitucionais.

As Secretarias de Segurança estaduais, com obrigatória representação paritária das duas Polícias, ainda, devem administrar de modo centralizado a identificação civil, as informações criminais e sobre armas e veículos, para utilização em comum de tais dados pelas suas duas Polícias, cabendo, também, às mesmas Secretarias a disciplina das situações em que se fizer necessário o apoio de uma Polícia para a outra.

As Guardas Municipais devem ficar vinculadas às Polícias Militares dos respectivos Estados para efeito de adestramento e controle.

As atividades de segurança privada devem ser, obrigatoriamente, regulamentadas, definindo a competência das Polícias Militares na fiscalização quanto ao uso de uniforme, que não poderá confundir-se com *uniforme militar*, armamento e equipamento, isso independentemente da competência de outros órgãos policiais.

Com vista ao § 7º do artigo 144 da Constituição de 1988, a lei deverá, por exemplo, detalhar as atribuições de cada Polícia, definindo as áreas limítrofes de competência que lhes foi cometida pelos respectivos parágrafos do artigo 144.

Para tanto, a competência constitucional da Polícia Militar ficará no âmbito da *prevenção* e na *repressão imediata*, restrita às ações de força, coleta inicial de provas e preservação de locais de crime, não lhe cabendo atuar na investigação de crime, ou seja, no que se denomina “terceira fase do ciclo de polícia”.

Para que se torne possível uma *prevenção eficiente e eficaz*, a lei deverá deixar explícita a atribuição das Polícias Militares para a investigação da criminalidade, a fim de melhor empregar os seus efetivos ostensivos.

Quanto à competência constitucional da Polícia Civil, a sua atribuição é para a *repressão mediata*, através das investigações do crime, tentado ou consumado, e não da criminalidade, incluída a polícia técnico-científica, por não lhe caber a prevenção criminal, isto é, a denominada "primeira fase do ciclo de polícia", e, menos ainda, a denominada "repressão imediata".

Com tais medidas teremos o aperfeiçoamento da produção da prova e, portanto, a redução da impunidade, como passamos a exemplificar em seguida:

a) ocorrendo a infração penal de menor potencial ofensivo, o policial militar que atender à ocorrência tomará as medidas legais necessárias, inclusive as de uso de força, colhendo as provas e, após a lavratura do *termo circunstanciado*, o apresentará imediatamente ao Juizado Especial Criminal ou, se caso, à Polícia Civil, juntamente com o autor do fato e a vítima; e,

b) nas demais infrações penais, o policial militar que atender a ocorrência tomará as medidas de força com ela compatíveis, procederá à coleta inicial das provas e preservará o local até a chegada da Polícia Civil, que, a partir daí, ficará encarregada do caso.

A legislação a ser editada nos moldes constitucionais retroanalisados, também, deverá cuidar de outras situações que a realidade mostra que devem ser objeto de regulamentação.

Nossa proposta tem sido no sentido de que, para uma melhor aproximação e maior eficiência da Polícia Civil e da Polícia Militar no controle da violência, e assim da criminalidade, a legislação federal exigida na Constituição de 1988 deve prever a hierarquização vertical da Polícia Civil, nos moldes da Polícia Militar. Tal hierarquização vertical nada mais é do que a exteriorização do Poder Hierárquico, que é, também, um poder instrumental da Administração Pública, a exemplo do Poder de Polícia.

Proposta nossa é, igualmente, o estabelecimento, como consequência da hierarquização, de correspondência entre os cargos nas Polícias Civil e Militar, independentemente do regime jurídico-administrativo, civil ou militar, de seus membros.

Importante, também, a *padronização* dos Boletins de Ocorrência (BO), Termos Circunstanciados (TC) ou documentos similares, quando houver infração penal. É inconcebível que o Boletim de Ocorrência lavrado pela Polícia Militar (BO/PM) não seja aceito pela Polícia Civil, que lavra outro (BO/PC), com perda de tempo para ambas as Polícias Estaduais, além da

dos cidadãos envolvidos na ocorrência policial. É a *negação*, mais do que evidente, à norma constitucional atual, que é repetição da de anteriores constituições federais, no sentido de ser *vedado* à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios "*recusar fé aos documentos públicos*" (artigo 19, inciso II, da Constituição de 1988), como o são tais documentos públicos que *atestam a ocorrência policial* relativa à infração penal que o policial militar, como *autoridade policial competente*, *conheceu diretamente* no local de seu cometimento. Indagamos, sempre, a respeito desse tema, ou seja, o que é melhor para a Justiça Criminal e para o cidadão: o que atestou o policial militar, *direta e pessoalmente*, diante do que observou no local da ocorrência criminal, ou o que a Polícia Civil, *indiretamente, por ouvir dizer*, na sua Delegacia, longe do fato policial, atesta no seu Boletim de Ocorrência (BO/PC)? A qual das peças policiais deve-se dar maior credibilidade, inclusive, e muitas vezes, na esfera cível, fora, assim, da esfera criminal?

Para garantir a eficiência das suas atividades, como também da própria organização e funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, como exigido no final do § 7º do artigo 144, em exame, a lei respectiva deverá impor maior interligação entre os seus serviços de comunicação, bem como o aperfeiçoamento e aproximação do ensino desses mesmos órgãos, sejam federais ou estaduais.

Quanto ao ensino policial acima referido, entendemos que a norma constitucional, a ser regulamentada por lei federal, está a sugerir a compatibilização dos currículos escolares, a especialização nas atribuições específicas de cada órgão, sem prejuízo da cultura geral, sempre lembrando que a atividade policial, deixando de lado colocações empíricas, deve incorporar os ensinamentos ditados pelo que hoje é conhecido como "Ciências Policiais de Segurança e de Ordem Pública", conforme examinamos anteriormente, o que, ao certo, obrigará a um aumento da carga horária de ensino. A complexidade da atividade policial atual não mais pode continuar a aceitar que cidadãos, de outras áreas de conhecimento, sejam adaptados, em dois ou três meses, para exercê-la.

O ensino policial, na formação, no aperfeiçoamento e na reciclagem do policial, deve incentivar disciplinas voltadas contra a violência, a corrupção e o desvio de finalidade na atividade policial, com especial ênfase para a *deontologia policial*.

A abrangência da regulamentação exigida pelo citado § 7º do artigo 144,

ainda, está a exigir a padronização da Lei Disciplinar das Polícias Civil e Militar, mantendo, porém, capítulo específico para as transgressões disciplinares tipicamente militares.

A identidade funcional igualmente deverá ser padronizada, como medida moralizadora.

Fiquemos certo, contudo, que não só todas essas medidas tornarão possível chegar-se ao ideal perseguido pelo aludido § 7º do artigo 144 de uma melhor organização e funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira que garanta a eficiência de suas atividades.

A *Segurança Pública*, como advertimos na introdução, não se exaure no texto do Título V da Constituição de 1988, devendo o intérprete considerar a contextualidade constitucional, como fizemos até aqui.

Daí por que, nesta oportunidade, não podemos deixar de lembrar nosso trabalho sobre "*O Poder Judiciário e o Sistema de Segurança Pública*"[56] e no qual concluímos que "O Poder Judiciário não integra o Sistema de Segurança Pública. Este, formalmente, não existe a não ser que só sejam considerados os órgãos policiais elencados no art. 144, *caput*, da vigente Constituição da República, *isoladamente*. Esse denominado Sistema de Segurança Pública, na realidade, é um Subsistema de Segurança Pública, que se insere no *Sistema Criminal*, que tem, no Poder Judiciário, pela sua Justiça Criminal, o seu órgão final, porque toda atividade voltada à segurança pública tem, obrigatoriamente, como destinatária, a Justiça Criminal para que esta possa exercer a *jurisdição criminal*, papel constitucional do Poder Judiciário como expressão máxima da soberania do Estado Democrático de Direito. Os juízes, aliás, são *agentes políticos*, autoridades supremas do Estado que exercem o governo, enquanto os policiais não o são, pois são *agentes administrativos*, sujeitos à hierarquia funcional da Administração Pública. Lembremo-nos de que, pela *teoria dos sistemas*, o termo *sistema* é geralmente empregado no sentido de *sistema total*, que tem como componentes necessários os chamados *subsistemas*. O *sistema total* é o *Sistema Criminal*, que tem por subsistema, entre outros, o policial, isto é, os órgãos policiais. Estes têm competência constitucional bem delimitada no art. 144 da Constituição de 1988. [...] Não basta, finalmente, o Estado dar à Polícia uma estrutura moderna, mais ágil e eficiente. Mister, também, se torna dar mais sua Justiça Criminal, para atender à dinâmica da sociedade, ressaltando-se que é hora da previsão e

instalação dos Juizados de Instrução Criminal, como também dos Juizados Especiais para a Conciliação, o Julgamento e a Execução das Infrações Penais de Menor Potencial Ofensivo, mediante o procedimento oral e sumaríssimo, como previsto no art. 98, I, da Constituição de 1988. Só assim o *Sistema Criminal*, integrado pelo Poder Judiciário e órgãos policiais, estará ajustado para bem desempenhar a missão constitucional que lhe cabe na atualidade".

Devemos, também, apontar que a *questão do sistema prisional*, que ao certo é o *subsistema prisional*, deve ter a sua estrutura municipalizada e não ser objeto de privatização, como alguns querem, no esforço para reintegrar o preso no convívio social. Essa medida pode ser viabilizada através de convênios. Os Municípios, assim, ficarão encarregados primordialmente dos programas sociais, preventivos das causas da criminalidade, como também da complementação da tarefa, pois cabe com maior propriedade à comunidade local, próxima que está, providenciar o retorno do preso ao seu meio social.

Mas, de qualquer modo, a lei a que alude o § 7º do artigo 144 deve vedar à Polícia participar da rede prisional.

Por derradeiro, devemos insistir que as medidas propostas não devem ser avaliadas isoladamente, mas pelo conjunto que representam, porque dessa visão maior dependerá sua efetividade, em benefício do controle da violência e da criminalidade das grandes cidades, principalmente nas megalópoles, amenizando, assim, a insegurança da comunidade.

Necessário, finalmente, que sejam deixados de lado os ressentimentos e preconceitos que regras de experiência demonstram existir contra os militares em geral, pois suas instituições têm considerável parcela da sociedade brasileira em seus quadros.

5. Conclusão

A Constituição de 1988 procurou inovar, destroçando tabus impostos pelo denominado regime autoritário anterior. Buscou a governabilidade de muitos, e não só a concentrada em um, razão de, na sua elaboração, o Constituinte ter ouvido os diferentes segmentos sociais.

A realidade brasileira, contudo, estava a demonstrar que a Constituição de

1988 se não era *natimorta*, ela, pelo menos, nascera limitada no tempo, pois, em seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinou-se a sua revisão cinco anos após a sua vigência.

Em linhas gerais o texto constitucional original ficou mantido na aludida revisão constitucional. Mas ela sobreviveu e, ao longo destes vinte anos de sua vigência, cinquenta e sete emendas constitucionais foram aprovadas, além das outras seis emendas constitucionais de revisão.

No referente ao seu Titulo V, que cuida "Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas", e diferentemente das anteriores Constituições, que dela não trataram ou, se trataram, confundiam-na com *segurança nacional*, a *segurança pública* teve, na Constituição de 1988, tratamento razoável, embora divorciado, em certos aspectos, da boa doutrina.

Outras expressões tecnicamente consagradas como *segurança nacional*, ordem *pública e medidas de emergências*, por motivos emocionais e ideológicos, foram proscritas e substituídas por outras como *defesa do Estado, da sociedade civil e instituições democráticas, paz ou tranquilidade pública*, com perda de evidente rigor técnico jurídico.

Para a manutenção ou restabelecimento da normalidade constitucional, o constituinte de 1988 previu poderes ao Presidente da República de decretar *o estado de defesa* e o *estado de sítio*, dois estados de exceção que têm implicações graves, pois, na execução, há o afastamento temporário do conjunto das normas jurídicas de regência das relações sociais e a limitação ou supressão de direitos fundamentais, tudo para tornar possível o gerenciamento da crise em nível constitucional.

Quanto às Forças Armadas, a Constituição de 1988 bem as diferenciou das Forças Policiais, em especial, das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares, disciplinando a competência constitucional de cada uma destas instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina. Ainda em relação às Forças Armadas, em razão da Emenda Constitucional n. 18, de 1998, reconheceu-se, em nível constitucional, que os membros das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares *são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios*, sendo denominados simplesmente *militares* os membros das Forças Armadas.

O Constituinte de 1988, de outra parte, procurou valorizar o principal aspecto ou elemento da *ordem pública*, qual seja, a *segurança pública*, guardando, também, a correta grandeza entre a ordem pública e a segurança

pública, sendo esta exercida em função daquela, como seu aspecto, seu elemento, sua causa.

No Capítulo III, do seu Título V, esta disciplina constitucional de 1988 sobre a *segurança pública*. Este Capítulo só tem um único artigo, o artigo 144 e, atualmente, com nove parágrafos, o último dos quais acrescido por força de emenda constitucional para estender os subsídios como modalidade de remuneração aos integrantes dos órgãos policiais relacionados expressa e taxativamente no seu *caput*, o qual, também, dá a noção constitucional de *segurança pública*, seguindo-se, de modo vinculante, quais os órgãos federais e os estaduais que a podem exercer nos limites das suas competências constitucionais federais, igualmente, previstas nos seus parágrafos.

Às guardas municipais, constituídas pelos Municípios, está vedado o exercício de atividades de segurança pública, dado não estarem relacionadas no *caput* do artigo 144, e sim no seu § 8º, e terem atribuições específicas de proteção dos bens municipais, seus serviços e instalações, na forma da lei, lei esta ainda inexistente em nível federal. Órgão que não conste da previsão constitucional, taxativa, do *caput* do artigo 144 é inconstitucional e não pode, assim, exercer atividades ligadas à segurança pública, o que é o caso da denominada "Força Nacional de Segurança Pública".

A denominada "Polícia Comunitária" não é um órgão público e sim uma filosofia de policiamento a ser desenvolvida, em especial, pelos órgãos de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, aproximando-os da comunidade e incentivando uma política de segurança preventiva, com a vinculação do policial a uma determinada área territorial, em parceria preventiva com a comunidade local.

Torna-se necessária a pronta implementação de normas constitucionais para atender a regulamentação legislativa do § 7º do artigo 144 da Constituição de 1988, disciplinando-se a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades, regulamentação legal esta que deve preceder a, também, necessária Lei Orgânica das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, prevista no artigo 22, inciso XXI, da Constituição de 1988, e, ainda, a Lei Orgânica das Polícias Civis, a que se refere o artigo 24, inciso XVI, da mesma Constituição.

Deve-se, na União e em cada unidade federada, implementar a modalidade remuneratória denominada subsídio prevista no § 9º do artigo 144, parágrafo este acrescido pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998.

Para concluir, lembremos que a Polícia, que é uma atividade jurídica do Estado, no seu setor de preservação da ordem pública e, assim da segurança pública, deve ter os seus problemas solucionados à luz das Ciências Policiais de Segurança e da Ordem Pública, que abarcam, entre outros e em especial, os conhecimentos da Ciência do Direito e da Administração Pública, porque o conhecimento científico, abrangente de experiências diversas e sedimentadas pelo tempo, sempre representará caminho seguro na tomada de posições para o eficiente exercício da atividade policial.

Concluímos, igualmente, que o denominado *Sistema de Segurança Pública* é, na verdade, um *subsistema* que integra um *sistema total*, o denominado *Sistema Criminal*, também integrado por outros *subsistemas*, como o do Judiciário e o do Prisional, além dos quais poderíamos considerar o do Legislativo, o do Ministério Público, o da Advocacia Criminal etc., recordando dizer que todas as medidas propostas não devem ser avaliadas isoladamente, mas pelo conjunto que representam, porque dessa visão maior dependerá sua efetividade, em benefício do controle da violência e da criminalidade das grandes cidades, principalmente nas megalópoles, amenizando, assim, a insegurança da comunidade.

1 ALVARO LAZZARINI, 75 anos, é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (aposentado como seu Decano), Professor de Direito Administrativo na Academia de Polícia Militar do Barro Branco (aposentado como seu Decano), Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo (biênio 2004/2006), Acadêmico Titular da Academia Paulista de Letras Jurídicas, Associado Colaborador do Instituto dos Advogados de São Paulo, Conselheiro do CONJUR – Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos da FIESP-Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, Membro do Conselho Deliberativo do “Instituto Pimenta Bueno” – Associação dos Constitucionalistas (Criado pelos Especialistas de Direito Constitucional da Universidade de São Paulo), Membro Associado da “IACP – International Association of Chiefs of Police (USA)”.

2 CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. v. 1. p. 138-140.

3 LAZZARINI, Alvaro. *Código Penal Militar – Código de Processo Penal Militar – Estatuto*

dos Militares – Legislação Penal, Processual Penal e Administrativa Militar – Constituição Federal – RT minicódigos, Nota do Organizador à 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 7 .

4 CARDOZO DE MELLO NETO, José Joaquim. *A Acção Social do Estado*, Secção de Obras de *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 1917. p. 7.

5 LAZZARINI, Alvaro. *Temas de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 9/2003. p. 213.

6 O militar, como oportunamente será examinado, com o qualificativo de estadual (militar estadual), é o integrante das Polícias Militares e/ou Corpos de Bombeiros Militares, enquanto o simplesmente militar é o integrante das Forças Armadas.

7 LAZZARINI, Alvaro. *Estudos de Direito Administrativo.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 162.

8 LAZZARINI, Alvaro. *Estudos*, cit., p. 162.

9 No jargão militar, *G*arantir a *L*ei e a *O*rdem é missão das Forças Armadas, conhecida por "GLO".

10 LAZZARINI, Alvaro. *Estudos*, cit., p. 106-114.

11 LAZZARINI, Alvaro. *Estudos, cit.,* p. 107-109.

12 Patentes, conforme DE PLÁCIDO E SILVA (*Vocabulário Jurídico*, v. III, 1. ed., São Paulo: Forense, 1963, verbete: "Patente", p. 1129), "Como expressão técnica, em uso na terminologia jurídica, designa o documento ou o ato escrito, emanado de autoridade administrativa, em que se outorga ou se confere uma concessão, seja de um título, de um posto ou de um privilégio, no qual se declaram ou do qual decorrem as regalias e os direitos que na patente se fundam. Neste sentido, a patente distingue-se em *militar*, indicativa do posto, ocupado ou deferido à pessoa, ou de invenção, para designar a carta ou o título de privilégio concedido ao inventor". *Posto*, ainda conforme DE PLÁCIDO E SILVA (obra, vol. e ed. cits., verbete "Posto", p. 1188), "Na terminologia do Direito Administrativo é o vocábulo empregado, substantivamente, para designar o *cargo*, o *ofício* ou a *graduação*, atribuídos aos funcionários ou empregados públicos, dos quais decorrem, também, sua posição hierárquica e a soma de funções ou de encargos que lhes são cometidos. *Posto*. No sentido militar exprime propriamente a graduação dos soldados ou a patente dos oficiais, mostrando, assim, o *cargo* ou a *posição hierárquica* que ocupam".

13 Em Consulta n. 1.014, relator o Ministro Humberto Gomes de Barros, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu que: "A filiação partidária contida no art. 14, § 3º, V, da Constituição Federal não é exigível ao militar da ativa que pretenda concorrer a cargo eletivo, bastando o pedido de registro de candidatura após prévia escolha em convenção partidária". Em embargos de declaração no registro de candidatura n. 2264-7.2010.6.19.0000, do Rio de Janeiro, em 5 de agosto de 2010, sendo relator o Juiz Raldênio Bonifácio Costa, o Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro assentou ser "Desnecessária a desincompatibilização do militar elegível que não ocupe função de comando, sendo imprescindível o seu afastamento somente após o deferimento do pedido de registro de candidatura", pelo que foi deferido o registro.

14 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 63. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 648.

15 LAZZARINI, Alvaro (org.). *RT minicódigos*. "Estatuto dos Militares e Legislação Militar". 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 217-254.

16 LAZZARINI, Alvaro. Painel sobre o tema *Segurança Nacional e Segurança Pública na Constituição de 1988*, para o Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia e o Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia Militares, ambos da Escola Superior de Guerra, na sua sede no Rio de Janeiro, em 17 de junho de 1997, publicado In: *Temas, cit.,* p. 139-

153.

17 Marcelo Caetano, nos seus *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 335, diz ser a Polícia um capítulo importantíssimo do Direito Administrativo.

18 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro* 32. ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanoel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2-2006. p. 130.

19 LAZZARINI, Alvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1, 1995. p. 203; idem, 2. ed., 6-1999. p. 238-239.

20 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 280.

21 LAZZARINI, Alvaro. *et alii.* Ob. cit., 3. ed., coordenada por José Cretella Júnior, Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 21.

22 RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*, tradução de Rogério Ehrhardt Soares, Coimbra: Livraria Almedina, 1981. p. 479; cf. 15. ed, Paris: Dalloz, 1995, com a colaboração de Jean Waline. p. 376.

23 LAZZARINI, Alvaro. *et alii*. Ob. cit. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 37.

24 LAZZARINI, Alvaro. *Estudos*, cit., p. 245.

25 Sobre o tema da *autoridade policial* e o *agente da autoridade*, temos a monografia *Autoridade policial do Policial Militar*, publicada em nossos *Estudos*, cit., p. 263-280.

26 LAZZARINI, Alvaro *et alii.* Ob. cit., 3. ed. p. 30 e ss.

27 A monografia que estamos citando é anterior à Constituição de 1988. Esta, no seu artigo 42, na sua atual redação, deixou assentado que “os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são *militares* dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”.

28 CRETELLA JÚNIOR, José, *et alii. Direito Administrativo da Ordem Pública*. 3. ed. cit. p. 121.

29 LAZZARINI, Alvaro. *Ciências Policiais de Segurança e da Ordem Pública:* Significado, Conteúdo e Contornos, São Paulo: Revista “*A Força Policial*”, da Polícia Militar do Estado de São Paulo, 2008. abril/maio/junho, n. 58. p. 13-28.

30 SILVA, Célio Egídio. Capitão PM da Polícia Militar do Estado de São Paulo, Mestre em Direito de Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e doutorando em Filosofia do Direito na mesma Universidade, tendo como orientador Márcio Pugliesi, Professor da aludida Pontifícia Universidade Católica, apresentou recente dissertação sobre o tema: *A Autonomia das Ciências Policiais de Segurança e de Ordem Pública*, no Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais do Centro de Aperfeiçoamento e Estudos Superiores da Polícia Militar do Estado de São Paulo, em que foi aprovado com a nota máxima, para obtenção do título de Mestre em Ciências Policiais de Segurança e de Ordem Pública.

31 CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. v. VI. p. 3410.

32 LAZZARINI, Alvaro. *Temas*, cit., p. 74-98.

33 LAZZARINI, Alvaro et alii. *Direito Administrativo da Ordem Pública*, “Polícia de Manutenção da Ordem Pública e a Justiça”, 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 1-53. LAZZARINI, Alvaro. *Estudos*, cit., p. 447 *Temas,* cit., p. 309.

34 ROLLAND, Louis. *Précis de Droit Administratif*. 9. ed., Paris: Librairie Dalloz, 1947. p. 399.

35 BERNARD, Paul. Ob. cit., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1962. p. 12 e 25.

36 LAZZARINI, Alvaro. *Temas,* cit. p. 81.

37 PESSOA, Mário. *O direito da segurança nacional*. São Paulo: Biblioteca do Exército e Revista dos Tribunais, 1971. p. 7.

38 DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico* (verbete Ordem Pública). Rio de Janeiro: Forense, 1963. p. 1417.

39 CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*, v. e ed. cits. p. 3410.

40 RAMOS, Dircêo Torrecillas, ob. cit. São Paulo: Plêiade, 1998. p. 318.

41 COSTA, Arthur e GROSSI, Bruno C. Relações Intergovernamentais e Segurança Pública: uma análise do fundo nacional de segurança pública*. Revista Brasileira de Segurança Pública*, ano 1, edição 1, 2007, p. 7. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/pdf/artigo_relacoes_intergovernamentais.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2008 e 24 abr. 2010.

42 CAMARGO FILHO, Orlando Rodrigues de. Coronel PM da Polícia Militar do Estado de São Paulo, na qual foi Comandante de seu Corpo de Bombeiros, é Coordenador-Geral da Coordenadoria Municipal de Defesa Civil do Município de São Paulo.

43 *Bíblia*. Antigo Testamento, Gênesis, Capítulos 6, 7 e 8.

44 LAZZARINI, Alvaro. *Estudos*, cit., p. 114-123.

45 SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 17.

46 SILVA, José Afonso da. *Comentário, cit.,* p. 638-639.

47 TÁCITO, Caio. *O Abuso do Poder Administrativo no Brasil* – Conceito e Remédios, coedição do Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas. Rio de Janeiro, 1959. p. 27.

48 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito, cit.,* p. 88.

49 GASPARINI, Diógenes. *As Guardas Municipais na Constituição Federal de 1988.* São Paulo, 1991. p. 6.

50 LAZZARINI, Alvaro. *Estudos*, cit., p. 122.

51 LAZZARINI, Alvaro. Força Nacional de Segurança Pública (Sua Inconstitucionalidade), revista "*A Força Policial*", ano 2007, outubro/novembro/dezembro, n. 56, órgão informativo e doutrina da instituição policial militar. São Paulo: Polícia Militar do Estado de São Paulo, 2007. p. 11-22.

52 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.* São Paulo: Atlas, 2002. p. 69.

53 FERREIRA MENDES, Gilmar *et alii*. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007. p. 112.

54 FENET, Alain. *Les Libertes Publiques em France.* Paris: Presses Universitaires de France, 1976. p. 35. "Art. 12 – La garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique; cette force est done instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée."

55 LAZZARINI, Alvaro. *Estudos,* cit., p. 137-139.

56 LAZZARINI, Alvaro. *Estudos*, cit., p. 140-159.