

Manoel Gonçalves Ferreira Filho

**CURSO DE DIREITO
CONSTITUCIONAL**

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [Le Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de oferecer conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O [Le Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: lelivros.love ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados [neste link](#).

"Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não mais lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade poderá enfim evoluir a um novo nível."



Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Professor Titular (aposentado) de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP.
Doutor *honoris causa* da Universidade de Lisboa. Doutor pela Universidade de Paris.
Ex-Professor visitante da Faculdade de Direito de *Aix-en-Provence* (França). Membro
da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Presidente do Instituto “Pimenta Bueno” —
Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

38ª edição, revista e atualizada
2012



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

ISBN 978-85-02-16560-1

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves,
Curso de direito constitucional / Manoel Gonçalves Ferreira Filho. – 38. ed., rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.
1. Brasil - Direito constitucional 2. Direito constitucional I. Título.
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 / Liana Ganiko Brito Catenacci

Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas / Lídia Pereira de Moraes

Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati / Maria de Fátima Oliveira

Serviços editoriais Camila Artioli Loureiro / Maria Cecília Coutinho Martins

Capa Muiraquitã Editoração Gráfica

Produção gráfica Marli Rampim

Produção eletrônica Ro Comunicação

Data de fechamento da edição: 4-4-2012

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.

Do mesmo autor

O estado de sítio. São Paulo, 1964.

Os partidos políticos nas Constituições democráticas. Belo Horizonte, 1966, versão em português da tese de doutorado *Le Statut Constitutionnel des Partis Politiques au Brasil, en Italie en Allemagne et en France.* Paris, 1960.

Do processo legislativo. São Paulo, Saraiva, 7. ed., 2012.

A democracia possível. São Paulo, Saraiva, 5. ed., 1979.

Comentários à Constituição brasileira. São Paulo, Saraiva, 6. ed., 1986.

O poder constituinte. 5. ed., Saraiva, 2007.

Sete vezes democracia. São Paulo, Convívio, 1977.

A reconstrução da democracia. São Paulo, Saraiva, 1979.

O anteprojeto dos notáveis. São Paulo, Saraiva, 1987.

Ideias para a nova Constituição brasileira. São Paulo, Saraiva, 1987.

Estado de direito e Constituição. São Paulo, Saraiva, 4. ed., 2007.

Comentários à Constituição brasileira de 1988. São Paulo, Saraiva, v. 1, 1. ed., 1990; v. 2, 1. ed., 1992; v. 3, 1. ed., 1994; v. 4, 1. ed., 1995; v. 1, 2. ed. (abrange o v. 1 e o v. 2 anteriores), 1997; v. 2 (abrange o v. 3 e o v. 4 anteriores), 1999; v. 1, 3. ed., 2000.

Direito constitucional econômico. São Paulo, Saraiva, 1990.

O Parlamentarismo. São Paulo, Saraiva, 1993.

Constituição e governabilidade. São Paulo, Saraiva, 1995.

Direitos humanos fundamentais. São Paulo, Saraiva, 13. ed., 2011.

A democracia no limiar do século XXI. São Paulo, Saraiva, 2001.

Aspectos do direito constitucional contemporâneo. São Paulo, Saraiva, 3. ed., 2011.

Princípios fundamentais do direito constitucional. São Paulo, Saraiva, 3. ed., 2011.

Livro que editou em colaboração

Liberdades Públicas, de que foi o coordenador, em colaboração com as Profas. Dras. Ada Pellegrini Grinover e Anna Cândida da Cunha Ferraz, São Paulo, Saraiva, 1978.

Índice sistemático

[Do mesmo autor](#)

[Prefácio à 31ª edição](#)

PARTE I **A CONSTITUIÇÃO**

[1. Plano desta Parte](#)

Capítulo 1º — O CONSTITUCIONALISMO

[1. A ideia de Constituição](#)

[2. Antecedentes](#)

[3. Pactos, forais e cartas de franquia](#)

[4. Contratos de colonização](#)

[5. As leis fundamentais do Reino](#)

[6. As doutrinas do Pacto Social](#)

[7. O pensamento iluminista](#)

[8. Noção polêmica de Constituição](#)

[9. O constitucionalismo](#)

[10. A racionalização do poder](#)

[11. Valor da racionalização](#)

Capítulo 2º — CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

[1. Conceito genérico de Constituição](#)

[2. Constituição total](#)

[3. Conceito jurídico](#)

[4. Regras materialmente constitucionais](#)

[5. Regras formalmente constitucionais](#)

[6. Regras constitucionais quanto à aplicabilidade](#)

[7. Constituição material e Constituição formal](#)

[8. Constituição escrita e Constituição não escrita](#)

[9. Constituição dogmática e Constituição histórica](#)

[10. Constituição rígida, flexível e semirrígida](#)

11. Constituição-garantia, Constituição-balanço, Constituição -dirigente

Capítulo 3º — CONCEITO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

1. Direito Constitucional como ciência
2. Direito Constitucional particular ou positivo
3. Direito Constitucional comparado
4. Direito Constitucional geral
5. Direito Constitucional material e formal
6. O Direito Constitucional e os demais ramos do Direito Público
7. O Direito Constitucional e os demais ramos do Direito Privado
8. Relações do Direito Constitucional com disciplinas de cunho não jurídico

Capítulo 4º — O PODER CONSTITUINTE

1. A Constituição, lei suprema
2. Origem da ideia de Poder Constituinte
3. O Poder Constituinte e seu fundamento lógico
4. Poder Constituinte: originário e derivado
5. A natureza do Poder Constituinte
6. Titularidade: *consensus* e legitimidade
7. O agente do Poder Constituinte
8. O veículo do Poder Constituinte
9. O direito de revolução
10. Caracteres do Poder Constituinte originário
11. Formas de expressão do Poder Constituinte originário
12. O Poder Constituinte derivado: caracteres
13. Espécies de Poder Constituinte derivado
14. A limitação do poder de revisão
15. Limitações temporais, circunstanciais e materiais
16. Formas de expressão do poder de revisão
17. O estabelecimento da Constituição de 1988

Capítulo 5º — O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1. O critério real da distinção entre rigidez e flexibilidade constitucionais
2. Origem americana do controle

3. Conceito de controle de constitucionalidade
4. Aplicabilidade e omissão no cumprimento da norma constitucional
5. A natureza do ato inconstitucional
6. Formas de controle: preventivo ou repressivo
7. Formas de controle: judiciário ou político
8. Controle judiciário difuso e concentrado
9. Controle judiciário principal e incidental
10. Efeitos da decisão de inconstitucionalidade
11. Natureza da decisão de inconstitucionalidade
12. O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro
13. Caracteres do controle judiciário no Brasil
14. Ação direta de inconstitucionalidade
15. Ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental
16. Atenuação dos efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade
17. Ação declaratória de constitucionalidade
18. A suspensão da eficácia por ato do Presidente da República
19. A suspensão da eficácia por ato do Senado
20. Desnecessidade da suspensão no caso de ação direta
21. A ação de inconstitucionalidade por omissão
22. Recurso extraordinário
23. Súmula vinculante

PARTE II

A FORMA DO ESTADO

1. Plano desta Parte

Capítulo 6º — O ESTADO E SEUS TIPOS

1. Conceito e elementos do Estado
2. A soberania
3. A ordem internacional
4. Centralização e descentralização
5. Tipos de Estado: Estado unitário
6. Estado unitário descentralizado
7. Estado constitucionalmente descentralizado

8. Tipos de Estado: Estado federal
9. A repartição de competências no Estado federal
10. A repartição de rendas no Estado federal
11. A formação do Estado federal
12. Tipos de federalismo
13. Natureza dos componentes do Estado federal

Capítulo 7º — O ESTADO BRASILEIRO

1. Origem e evolução do federalismo no Brasil
2. A tríplice estrutura do Estado brasileiro
3. Aspectos unitários e societários
4. A repartição de competências
5. A repartição de competência legislativa
6. A repartição de competência administrativa
7. A divisão de rendas
8. As quotas de participação
9. A intervenção federal
10. A decretação da intervenção
11. A manifestação do Congresso

Capítulo 8º — OS ENTES DA FEDERAÇÃO BRASILEIRA

1. Os Estados-Membros
2. Os Territórios
3. O Distrito Federal
4. O Município
5. As regiões metropolitanas
6. Das regiões de desenvolvimento

PARTE III **A FORMADO GOVERNO**

1. Plano desta Parte

Capítulo 9º — FORMAS, SISTEMAS E REGIMES POLÍTICOS

1. Formas, sistemas e regimes políticos
2. A tipologia das formas de governo

- [3. A tipologia aristotélica](#)
- [4. A tipologia dos regimes de governo](#)
- [5. A tipologia dos sistemas de governo](#)

Seção 1ª — A democracia

- [1. Considerações gerais](#)

Capítulo 10 — A DEMOCRACIA E SEUS TIPOS

- [1. Os tipos de democracia](#)
- [2. A democracia direta](#)
- [3. O exemplo ateniense](#)
- [4. A democracia indireta](#)
- [5. A democracia representativa](#)
- [6. A representação política](#)
- [7. Natureza jurídica da representação](#)
- [8. Os partidos políticos](#)
- [9. Partidos e opinião pública](#)
- [10. Os grupos de pressão](#)
- [11. A representação de interesses](#)
- [12. A democracia pelos partidos](#)
- [13. Crítica à democracia partidária](#)
- [14. A democracia cesarista](#)
- [15. A democracia semidireta](#)
- [16. Institutos de participação direta presentes na Constituição de 1988](#)

Capítulo 11 — VALORES E FATORES CONDICIONANTES DA DEMOCRACIA

- [1. A unanimidade democrática](#)
- [2. Os valores básicos da democracia](#)
- [3. A opção liberal](#)
- [4. A democracia marxista](#)
- [5. A democracia providencialista ou social](#)
- [6. A concretização da democracia](#)
- [7. O pressuposto social](#)

8. O pressuposto econômico
9. As condições da democracia
10. Os sistemas eleitorais
11. Preparação para a democracia e experiência

Seção 2ª — O sistema político brasileiro

1. O tipo de democracia
2. Plano da Seção

Capítulo 12 — A NACIONALIDADE

1. A nacionalidade
2. O brasileiro nato e o naturalizado
3. O estrangeiro no Brasil
4. A aquisição da nacionalidade
5. Modos de aquisição no Direito brasileiro
6. Perda da nacionalidade

Capítulo 13 — OS DIREITOS POLÍTICOS

1. A cidadania
2. A cidadania ativa no Direito brasileiro
3. Aquisição e perda dos direitos políticos
4. Suspensão e recuperação dos direitos políticos
5. Elegibilidade e inelegibilidade
6. Irreelegibilidade
7. Incoerência
8. A inelegibilidade na Constituição de 1988
9. Inelegibilidades enunciadas no texto constitucional
10. Inelegibilidades possibilitadas pelo texto constitucional
11. Inelegibilidades que visam a prevenir abusos
12. Inelegibilidades que visam a salvaguardar a moralidade e a probidade administrativa
13. A situação do militar
14. A impugnação de mandato eletivo

Capítulo 14 — OS PARTIDOS POLÍTICOS

1. A previsão de um estatuto partidário
2. O combate aos partidos antidemocráticos
3. Os vícios do sistema partidário brasileiro
 - 3.1. O número excessivo de partidos
 - 3.2. A inautenticidade dos partidos brasileiros
 - 3.3. O individualismo brasileiro
4. O caráter oligárquico dos partidos
5. O despreço por programas
6. Bipartidarismo e pluripartidarismo
7. O estatuto dos partidos na Constituição de 1988
8. Perda do mandato por infidelidade partidária

PARTE IV A ORGANIZAÇÃO GOVERNAMENTAL

Capítulo 15 — A “SEPARAÇÃO DE PODERES”

1. A concentração e seus inconvenientes
2. A limitação do poder
3. Critérios de divisão do poder
4. A “separação de poderes”. Sua origem
5. A classificação das funções do Estado
6. Crítica à classificação tradicional das funções do Estado
7. A interpenetração dos “poderes”
8. O valor atual da “separação”
9. O ensinamento de Loewenstein
10. A “separação de poderes” como critério de classificação dos sistemas de governo

Seção 1ª — Os sistemas de governo

1. Considerações gerais
2. Observações sobre a concentração de poderes
3. Plano da Seção

Capítulo 16 — O PRESIDENCIALISMO

1. Origem
2. Características fundamentais jurídicas

3. Características políticas
4. Presidencialismo e multiplicidade partidária
5. A exacerbação personalista no presidencialismo brasileiro
6. O quadro atual

Capítulo 17 — O PARLAMENTARISMO

1. Origem
2. O parlamentarismo dualista e monista
3. A crise do parlamentarismo e a racionalização do poder
4. O parlamentarismo e suas condições
5. Caracteres jurídicos do parlamentarismo
6. Traços políticos

Capítulo 18 — O SISTEMA DIRETORIAL

1. O exemplo suíço
2. Características jurídicas
3. Traços políticos
4. Condições do sistema diretorial

Seção 2ª — O Poder Legislativo

1. Considerações gerais

Capítulo 19 — O PODER LEGISLATIVO E SUAS TAREFAS

1. Poder Legislativo e função legislativa
2. Crise legislativa e delegação
3. O poder financeiro
4. A razão de ser do Tribunal de Contas
5. As funções do Tribunal de Contas
6. *Status* do Tribunal de Contas e de seus membros
7. Composição
8. O poder de controle político
9. Relação entre controle político e sistemas de governo
10. As comissões parlamentares de inquérito
11. O *impeachment*
12. Origem do *impeachment*: Grã-Bretanha

13. Evolução do *impeachment*: Estados Unidos

14. O *impeachment* no Direito brasileiro

15. Natureza do instituto

16. O procedimento

17. O processo dos crimes comuns

18. Apreciação sobre o *impeachment*

Capítulo 20 — ORGANIZAÇÃO E GARANTIAS DO LEGISLATIVO

1. A organização do Legislativo

2. O unicameralismo

3. O bicameralismo

4. O bicameralismo na história constitucional brasileira

5. As sessões conjuntas do Congresso Nacional

6. A organização do Legislativo no Brasil: direção autônoma

7. A auto-organização e seus limites

8. As comissões

9. Condições de elegibilidade

10. O Senado na Federação

11. Funções do Senado

12. Composição

13. A Câmara dos Deputados: missão constitucional

14. Composição

15. Crítica

16. O modo de eleição dos deputados

17. Funções privativas da Câmara dos Deputados

18. Garantias da independência do Legislativo

19. A remuneração

20. As imunidades

21. Proibições

22. Impedimentos

23. Incompatibilidades

24. Zona cinzenta

25. Perda do mandato

[26. Decoro parlamentar](#)

[27. A infidelidade partidária](#)

[Capítulo 21 — A ELABORAÇÃO DA LEI](#)

[1. Considerações gerais](#)

[2. Evolução do Direito brasileiro](#)

[3. Conceituação de processo legislativo](#)

[4. Emendas à Constituição](#)

[5. As limitações ao Poder Constituinte derivado](#)

[6. A lei ordinária](#)

[7. Objeto da lei](#)

[8. A lei ordinária como ato complexo](#)

[9. A iniciativa](#)

[10. Iniciativa geral, reservada e vinculada](#)

[11. Iniciativa popular](#)

[12. Emenda a projetos de lei](#)

[13. Deliberação](#)

[14. A instrução do projeto](#)

[15. Exame em procedimento normal](#)

[16. Exame em procedimento abreviado](#)

[17. Sanção: modalidades](#)

[18. Sanção e defeito de iniciativa](#)

[19. O veto](#)

[20. Natureza do veto](#)

[21. Formalização do veto](#)

[22. Apreciação do veto](#)

[23. Promulgação](#)

[24. Publicação](#)

[25. Lei delegada](#)

[26. Natureza da lei delegada](#)

[27. Matéria vedada à delegação](#)

[28. Modo de autorização da delegação](#)

[29. Delegação ao Presidente da República](#)

- [30. Medidas provisórias](#)
- [31. Lei complementar](#)
- [32. Decreto legislativo](#)
- [33. Resolução](#)

Seção 3ª — O Poder Executivo

- [1. Considerações gerais](#)

Capítulo 22 — O PODER EXECUTIVO E SUA MISSÃO

- [1. O Executivo na “separação dos poderes”](#)
- [2. A dupla missão do Executivo na doutrina clássica](#)
- [3. O novo caráter do Executivo e suas causas](#)
- [4. O poder governamental](#)
- [5. A representação do Estado](#)

Capítulo 23 — A ESTRUTURAÇÃO DO GOVERNO

- [1. O Executivo: governo mais administração](#)
- [2. As figuras básicas do governo](#)
- [3. A chefia do Estado](#)
- [4. A chefia do governo](#)
- [5. Os ministros](#)
- [6. As formas típicas de governo](#)
- [7. A forma monocrática](#)
- [8. A forma dualista](#)
- [9. A forma colegiada](#)
- [10. A estrutura do Executivo no Brasil](#)
- [11. Os poderes do Presidente da República](#)
- [12. A eleição do Presidente da República](#)
- [13. Reeleição do Presidente da República](#)
- [14. O mandato presidencial](#)
- [15. Requisitos para a presidência](#)
- [16. Vacância da presidência](#)
- [17. Impedimentos do Presidente](#)
- [18. A sucessão e a substituição do Presidente](#)

19. A vice-presidência
20. Os requisitos para o ministério
21. Funções do ministro
22. Órgãos de apoio ao Presidente da República
23. Conselho da República
24. Conselho de Defesa Nacional

Capítulo 24 — A ADMINISTRAÇÃO CIVIL

1. Conceito
2. Carreira ou derrubada?
3. Burocracia
4. Tecnocracia
5. O estatuto do servidor público
6. A carreira
7. Estabilidade e vitaliciedade
8. A aposentadoria
9. A responsabilidade por danos
10. Princípios administrativos

Capítulo 25 — AS FORÇAS ARMADAS

1. Conceituação
2. A finalidade constitucional das Forças Armadas
3. A posição constitucional das Forças Armadas
4. A tentação militar
5. Hierarquia militar
6. O princípio da nação em armas
7. Garantias do militar
8. O militar em cargos civis
9. As forças policiais estaduais

Seção 4ª — O Poder Judiciário

1. Considerações gerais

Capítulo 26 — O PODER JUDICIÁRIO E SUAS GARANTIAS

1. A natureza da “função jurisdicional”

- [2. Ampliação da função jurisdicional](#)
- [3. A independência do Judiciário](#)
- [4. As condições e os efeitos da decisão judicial](#)
- [5. A matéria sujeita ao Judiciário](#)
- [6. As garantias do Judiciário](#)
- [7. A independência dos tribunais](#)
- [8. O Estatuto dos Magistrados — ingresso e promoção na carreira](#)
- [9. Garantias dos magistrados: as da sua independência](#)
- [10. As da sua imparcialidade](#)
- [11. Algumas normas da Emenda n. 45/2004](#)

Capítulo 27 — A ORGANIZAÇÃO DA JUSTIÇA BRASILEIRA

- [1. A complexidade da organização judiciária brasileira](#)
- [2. A justiça federal e a estadual](#)
- [3. A justiça comum e a especializada](#)
- [4. Justiça especial e justiça de exceção](#)
- [5. Divisão da justiça federal](#)
- [6. Justiça federal comum: competência](#)
- [7. Justiça federal: órgãos](#)
- [8. Justiça federal: os juízos singulares](#)
- [9. Justiça federal: os Tribunais Regionais Federais](#)
- [10. Justiça militar: competência](#)
- [11. Justiça militar: órgãos](#)
- [12. As garantias dos juízes militares](#)
- [13. A justiça eleitoral: origem](#)
- [14. Competência](#)
- [15. Órgãos em geral](#)
- [16. Juízes eleitorais](#)
- [17. Juntas eleitorais](#)
- [18. Tribunais Regionais: composição](#)
- [19. Competência dos Tribunais Regionais](#)
- [20. Tribunal Superior Eleitoral: competência](#)
- [21. Composição do Tribunal Superior Eleitoral](#)

22. Justiça do trabalho: observações gerais

23. Competência da justiça do trabalho

24. Órgãos da justiça do trabalho

25. Justiça estadual

Capítulo 28 — A CÚPULA DO PODER JUDICIÁRIO

1. A cúpula do Poder Judiciário

2. O Supremo Tribunal Federal

2.1. Composição

2.2. Função essencial

2.3. O efeito vinculante

2.4. As súmulas

2.5. Restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade

2.6. Outras competências

2.7. O novo papel político do Supremo Tribunal Federal

3. O Conselho Nacional de Justiça

3.1. Nota histórica

3.2. Composição

3.3. Função essencial

4. Superior Tribunal de Justiça

4.1. Nota histórica

4.2. Composição

4.3. Competências

Capítulo 29 — FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

1. Considerações gerais

2. O Ministério Público: natureza

3. A defesa da lei

3.1. O Conselho Nacional do Ministério Público

4. Ministério Público da União

5. Ministério Público dos Estados

6. Advocacia-Geral da União

7. A advocacia

8. Defensoria Pública

PARTE V

A LIMITAÇÃO DO PODER

1. Plano desta Parte

Capítulo 30 — OS PRINCÍPIOS DO ESTADO DE DIREITO

1. Considerações gerais
2. A igualdade como princípio inerente à democracia
3. Igualdade de direitos e igualdade de fato
4. Igualdade como limitação ao legislador e como regra de interpretação
5. As desigualdades constitucionais
6. A igualdade tributária
7. O retrocesso da igualdade
8. A igualdade perante a lei
9. O princípio da legalidade
10. A legalidade nas Constituições brasileiras
11. A submissão do regulamento à lei
12. O princípio do controle judiciário
13. *Due process of law*

Capítulo 31 — A DOUTRINA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EVOLUÇÃO

1. Considerações gerais
2. Traços gerais das primeiras declarações de direitos
3. Causas: os abusos do absolutismo
4. Causas: a base filosófico-religiosa
5. Causas: o contexto econômico
6. O individualismo e sua evolução
7. Os direitos econômicos e sociais
8. Causas de evolução: a crítica às declarações individualistas
9. Causas de evolução: a “questão social”
10. Causas de evolução: a extensão do sufrágio
11. A substância dos direitos econômicos e sociais
12. As manifestações da nova concepção
13. A nova concepção nas Constituições brasileiras

14. Declarações de direitos e declarações de direitos e garantias

15. A terceira geração dos direitos

Capítulo 32 — OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

1. Observações gerais

2-A. Direitos explícitos e implícitos

2-B. Direitos advenientes de tratados

2-C. “Inabolibilidade” dos direitos fundamentais

3. Classificação dos direitos explícitos

4. A liberdade de locomoção

5. A liberdade de pensamento: a liberdade de consciência

6. A liberdade de expressão ou manifestação do pensamento

7. A liberdade dos espetáculos e diversões

8. A liberdade de ensino

9. A liberdade de reunião

10. A liberdade de associação

11. A liberdade de profissão e de trabalho

12. A liberdade de ação

13. A liberdade sindical

14. O direito de greve

15. Os direitos relativos à segurança: o respeito aos direitos adquiridos

16. O respeito à liberdade pessoal

17. A inviolabilidade da intimidade

18. A inviolabilidade do domicílio

19. A segurança em matéria penal

20. Os direitos concernentes à propriedade: considerações gerais

21. O direito de propriedade

22. A desapropriação e a indenização

23. Os fundamentos da desapropriação

24. As exceções à indenização prévia: a requisição

25. Os direitos do inventor

26. A propriedade das marcas de indústria e comércio

27. Os direitos de autor

28. Direito à herança

29. Aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos

30. Direitos sociais

31. Direitos de solidariedade

Capítulo 33 — OS REMÉDIOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL

1. Considerações gerais

2. O *habeas corpus* no Direito inglês

3. Na história constitucional brasileira

4. Na Constituição de 1988

5. Exclusão do *habeas corpus* no tocante a transgressões disciplinares

6. O mandado de segurança: origem

7. Objeto e fundamento

8. Mandado de segurança coletivo

9. O direito de petição

10. Mandado de injunção

11. Fontes ignoradas

12. Competência para julgamento

13. Aspectos fundamentais

14. A ação popular: objeto

15. Fontes

16. A interpretação do art. 5º, LXXIII

17. A extensão da ação popular

18. A *causa petendi*

19. A natureza da ação

20. Ação civil pública

21. *Habeas data*

Capítulo 34 — OS SISTEMAS DE EMERGÊNCIA

1. Considerações gerais

2. Os sistemas principais de defesa da ordem constitucional

3. A ditadura romana

4. A suspensão da Constituição

5. A lei marcial
6. A suspensão do *habeas corpus*
7. O estado de sítio: origem
8. No Direito brasileiro
9. Análise do conceito
10. Limitação no tempo e no espaço
11. Os fundamentos fáticos do estado de sítio
12. A decretação do sítio
13. A prorrogação do sítio
14. A execução do sítio e a responsabilidade dos seus executores
15. A fiscalização judiciária
16. O controle político do sítio
17. Modalidades do sítio
18. As imunidades parlamentares
19. A questão das eleições durante o estado de sítio
20. O estado de defesa
21. Observações finais

PARTE VI A ORDEM ECONÔMICA

1. Plano desta Parte

Capítulo 35 — A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

1. O “econômico” nas Constituições liberais
2. Nas Constituições sociais
3. Nas Constituições socialistas
4. A Constituição “econômica”
5. Objeto
6. Constituição econômica formal
7. Constituição econômica material
8. Elementos essenciais da Constituição econômica material
9. Tipos de organização econômica: economia descentralizada
10. Economia centralizada
11. Economia mista

- [12. A iniciativa econômica](#)
- [13. O regime dos fatores de produção](#)
- [14. A finalidade da organização econômica](#)

Capítulo 36 — BASES E VALORES DA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA

- [1. Considerações gerais](#)
- [2. Os princípios do ordenamento constitucional econômico e sua inspiração](#)
- [3. A justiça social](#)
- [4. O desenvolvimento econômico](#)
- [5. A liberdade de iniciativa](#)
- [6. A valorização do trabalho humano](#)
- [7. A função social da propriedade](#)
- [8. A expansão das oportunidades de emprego produtivo](#)
- [9. Soberania nacional](#)
- [10. Defesa do consumidor](#)
- [11. Defesa do meio ambiente](#)
- [12. Favorecimento às empresas nacionais de pequeno porte](#)
- [13. Os direitos do trabalhador](#)

Capítulo 37 — A ATUAÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

- [1. Orientação básica: neoliberal](#)
- [2. A doutrina social da Igreja](#)
- [3. A socialista-democrática](#)
- [4. A marxista](#)
- [5. A corrente estatista](#)
- [6. O econômico na Constituição vigente](#)
- [7. Iniciativa privada *versus* iniciativa estatal](#)
- [8. Igualdade na competição](#)
- [9. Empresa brasileira de capital nacional e de capital estrangeiro](#)

PARTE VII **A ORDEM SOCIAL**

- [1. Plano desta Parte](#)

Capítulo 38 — A ORDEM SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO VIGENTE

1. Base da ordem social
2. Seguridade social
3. Saúde
4. Previdência social
5. Assistência social
6. Educação
7. Cultura
8. Desporto
9. Ciência e tecnologia
10. Comunicação social
11. Meio ambiente
12. Família
13. Criança, adolescente, jovem e idoso
14. Índios

PARTE VIII **A EFETIVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO**

1. Plano desta Parte

Capítulo 39 — A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

1. Linguagem e direito
2. A interpretação
3. Objeções da doutrina “realista”
4. Os métodos de interpretação
5. A interpretação autêntica
6. A interpretação jurisprudencial
7. *Stare decisis*, súmula e efeito vinculante
8. As fórmulas de experiência
9. A interpretação constitucional
10. A lição dos antigos
11. A lição de Maximiliano
12. A lição de Canotilho

Capítulo 40 — ESPÉCIES DE NORMAS CONSTITUCIONAIS

1. Os diferentes ângulos
2. A forma: normas escritas e normas não escritas
3. A completude
4. A aplicabilidade das normas constitucionais
5. As normas exequíveis por si sós
6. As normas não exequíveis por si sós
7. A doutrina de José Afonso da Silva
8. Princípios e regras constitucionais

Capítulo 41 — OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUA APLICAÇÃO

1. Constituição e princípios
2. Espécies de princípios constitucionais: os princípios inferidos
3. Espécies de princípios constitucionais: os princípios prescritivos
4. Princípios e regras: a distinção clássica
5. Princípios e regras: a doutrina substancialista
6. A aplicação dos princípios
7. A densificação dos princípios: competência do legislador
8. A aplicação direta dos princípios
9. Aplicação *contra legem*
10. A colisão entre princípios
11. Os direitos fundamentais como princípios

Prefácio à 31ª edição

Nesta nova edição aparece o *Curso* rejuvenescido e rigorosamente atualizado quanto ao direito constitucional positivo brasileiro. Atenção especial foi dedicada às mudanças trazidas pela Emenda Constitucional n. 45/2004, a denominada Reforma do Judiciário.

O primeiro aspecto veio a se impor em razão da longevidade do livro. Publicado pela primeira vez há trinta e cinco anos, refletia em muitos pontos o ar dessa época. Assim, preocupava-se com questões hoje de interesse meramente histórico, por exemplo, ao mencionar a existência de um direito constitucional “marxista”, que desapareceu com a URSS. Claro está que lições como essa foram postas de lado nesta nova edição. Em compensação, outras, ligadas à globalização, como a evolução dos Estados no sentido de uma associação em comunidades, vieram a ganhar espaço e análise.

Também procurei rejuvenescer as referências a leituras complementares. Entendo que apenas por meio destas se tornam mais claras as questões que desafiam mais intensa e profundamente o estudioso.

No desiderato de tornar mais completo o livro, incluo nesta edição uma nova Parte — a VIII — intitulada *A efetivação da Constituição*. Nela, discuto algumas questões a que contemporaneamente se dá muita importância. Num capítulo, trato da *interpretação da Constituição*; noutro, abordo, aprofundando a análise, as *espécies de normas constitucionais*; e, num último, enfrento especificamente o tema da *aplicação dos princípios constitucionais*.

Diga-se de passagem que ninguém está mais surpreendido com a longevidade do *Curso* do que o seu próprio autor. Trata-se de um curso escrito segundo o padrão cultural europeu, mormente francês, que insiste nos fundamentos doutrinários, e também políticos e sociais, das instituições, bem como dos grandes temas constitucionais. Visa a preparar cabeças capazes de raciocinar por si próprias em face de qualquer Constituição e não as que querem receber, prontas, as respostas certas para os questionários escolares ou de concursos elementares. Ora, não é essa a mentalidade hoje predominante, em cursos e cursinhos, o que torna “elitista” este *Curso*.

O segundo aspecto, que reclamou um trabalho penoso, decorre da frequente mudança de nosso direito constitucional positivo. Não é a primeira vez que o enfrento. Basta lembrar que, escrito este livro sob a Constituição de 1946, teve de ser adaptado à de 1967, à Emenda n. 1, de 1969, e a todas que se lhe seguiram, à Constituição de 1988, e às suas quarenta e tantas Emendas já promulgadas até o momento em que se encerrou essa atualização.

Esse esforço de atualização muito deve à colaboração e ao estímulo da Profa. Fernanda Dias Menezes de Almeida. Teve, por um lado, o trabalho de pacientemente despertar-me a atenção para muitas adaptações cuja necessidade ou conveniência haviam sido menosprezadas. Igualmente, animou-me, por outro, a enfrentar as dificuldades de modernização do texto. Por essa razão, quero deixar aqui registrado o meu agradecimento. Agradeço também as sugestões do Prof. Dirceo Torrecillas Ramos e do Prof. José Carlos Francisco.

São Paulo, Janeiro de 2005

Parte I

A CONSTITUIÇÃO

SUMÁRIO: 1. Plano desta Parte.

1. PLANO DESTA PARTE

O Direito Constitucional, como a própria denominação revela, é correlativo à ideia de Constituição. É preciso, portanto, desde logo determinar o que é uma *Constituição*, o que será o objeto desta Primeira Parte.

Se para conceituar o Direito Constitucional cumpre conceituar Constituição, este conceito, na medida em que nos importa, é um fato cultural e, portanto, histórico. Assim, o primeiro capítulo desta Parte tem de o encarar em sua formação e em sua evolução, inserindo-o no movimento que se denomina Constitucionalismo. Por isso, o estudo começa pelo capítulo: *O Constitucionalismo*.

Todavia, a doutrina soube *neutralizar* esse conceito e, retirando seu caráter polêmico, analisá-lo fria e cientificamente. Esse exame é o objeto do segundo capítulo: *Conceito de Constituição*.

Por sua vez, essa análise revelou a existência de vários tipos de Constituição, a que correspondem outros tantos conceitos de Direito Constitucional, que são estudados no terceiro capítulo desta Parte: *Conceito de Direito Constitucional*.

Por fim, mostrada a formação, evolução e conceituação da ideia de Constituição, deve-se mostrar como se constitui a própria Constituição, ou seja, como são positivadas em seu surgimento originário e em suas modificações eventuais as normas constitucionais, bem assim como se controla a constitucionalidade das demais normas, ou seja, a sua coerência com as normas constitucionais positivadas. Esse duplo estudo será o objeto dos derradeiros capítulos desta Parte: *O Poder Constituinte e O controle de constitucionalidade*.

Capítulo 1º

O CONSTITUCIONALISMO

SUMÁRIO: 1. A ideia de Constituição. 2. Antecedentes. 3. Pactos, forais e cartas de franquia. 4. Contratos de colonização. 5. As leis fundamentais do Reino. 6. As doutrinas do Pacto Social. 7. O pensamento iluminista. 8. Noção polêmica de Constituição. 9. O constitucionalismo. 10. A racionalização do poder. 11. Valor da racionalização.

Leitura complementar: Clássico: Charles H. Mc Ilwain, *Constitutionalism: ancient and modern*; brasileiro: meu *Estado de direito e Constituição*.

1. A IDEIA DE CONSTITUIÇÃO

Data da Antiguidade a percepção de que, entre as leis, algumas há que organizam o próprio poder. São leis que fixam os seus órgãos, estabelecem as suas atribuições, numa palavra, definem a sua Constituição. Na célebre obra de Aristóteles, *A política*, está clara essa distinção entre leis constitucionais e leis outras, comuns ou ordinárias.

Tal distinção, porém, somente veio a ser valorizada no século XVIII, na Europa ocidental. E isto ocorreu com o propósito de limitar o poder, afirmando a existência de leis que seriam a ele anteriores e superiores. É daí em diante que o termo “Constituição” passou a ser empregado para designar o corpo de regras que definem a organização fundamental do Estado.

Isto ocorreu ao mesmo tempo em que se reconhecia que o homem pode alterar a organização política que os eventos históricos deram a um determinado Estado. Ou seja, que o homem pode modelar o Estado segundo princípios racionais, estabelecendo para este uma (nova) Constituição. Nova Constituição forçosamente consagrada num documento escrito.

A Constituição escrita apresenta como novidade fundamental essa crença na possibilidade de, pondo-se de parte a organização costumeira do Estado, dar-se ao mesmo uma estrutura racional inspirada num sistema preconcebido. Ora, essa crença, se pode ter apontado cá ou lá anteriormente, só se difundiu e ganhou o público na segunda metade do século XVIII, triunfando com a Revolução de 1789.

2. ANTECEDENTES

A ideia de Constituição escrita, instrumento de institucionalização política, não foi inventada por algum doutrinador imaginoso; é uma criação coletiva apoiada em precedentes históricos e doutrinários. Elementos que se vão combinar na ideia de Constituição escrita podem ser identificados, de um lado, nos *pactos* e nos *forais* ou *cartas de franquia* e *contratos de colonização*; de outro, nas *doutrinas contratualistas medievais* e na das *leis fundamentais do Reino*, formulada pelos legistas. Combinação esta realizada sob os auspícios da filosofia iluminista.

3. PACTOS, FORAIS E CARTAS DE FRANQUIA

Os pactos, de que a História constitucional inglesa é particularmente fértil, são convenções entre o monarca e os súditos concernentes ao modo de governo e às garantias de direitos individuais. Seu fundamento é o *acordo de vontades* (ainda que os reis disfarcem sua transigência com a roupagem da outorga de direitos). O mais célebre desses *pactos* é a *Magna Carta*, que consubstancia o acordo entre João sem Terra e seus súditos revoltados, sobre direitos a serem respeitados pela Coroa (1215). Outro, que a doutrina inglesa aponta, é a *Petition of Rights* (1628) que os parlamentares lograram impor ao rei da Inglaterra (Carlos I), forçando-o ao respeito de direitos imemoriais dos cidadãos ingleses.

Os *forais* ou *cartas de franquia*, que se encontram por toda a Europa, têm em comum com os *pactos* a forma escrita e a matéria, que é a proteção a direitos individuais. Esboça-se nelas, porém, a participação dos súditos no governo local, inserindo-se assim, nesses forais, um elemento propriamente político, estranho à maioria dos pactos. Por outro lado, seu fundamento é a *outorga* pelo senhor (ainda que essa outorga nem sempre seja espontânea).

Pactos, forais e cartas de franquia, frequentes na Idade Média, firmaram a ideia de texto escrito

destinado ao resguardo de direitos individuais, que a Constituição iria englobar a seu tempo. Esses direitos, contudo, sempre se afirmavam imemoriais, e portanto fundados no tempo passado, enquanto eram particulares a homens determinados e não apanágio do *homem*, ou seja, do ser humano enquanto tal.

4. CONTRATOS DE COLONIZAÇÃO

Próximos ainda dos pactos, de cujo caráter pela sanção real participavam, mas já bem próximos da ideia setecentista de Constituição, situam-se os *contratos de colonização*, típicos da História das colônias da América do Norte.

Chegados à América, os peregrinos, mormente puritanos, imbuídos de igualitarismo, não encontrando na nova terra poder estabelecido, fixaram, por *mútuo consenso*, as regras por que haveriam de governar-se. Firma-se, assim, pelos chefes de família a bordo do *Mayflower* o célebre “*Compact*” (1620); desse modo se estabelecem as *Fundamental Orders of Connecticut* (1639), mais tarde confirmadas pelo rei Carlos II que as incorporou à Carta outorgada em 1662.

Transparece aí a ideia de estabelecimento e organização do governo pelos próprios governados, que é outro dos pilares da ideia de Constituição.

5. AS LEIS FUNDAMENTAIS DO REINO

A existência de *leis fundamentais* que se impõem ao próprio rei é uma criação dos legistas franceses, empenhados em defender a Coroa, contra as fraquezas do próprio monarca. Afirmava essa doutrina que, acima do soberano e fora de seu alcance, há regras que constituem um *corpo específico*, seja quanto à sua matéria, seja quanto à sua autoridade, seja quanto à sua estabilidade. Quanto à sua *matéria*, que é a aquisição, o exercício e a transmissão do poder. Quanto à sua *autoridade*, que é superior às regras emanadas do Poder Legislativo ordinário que são nulas se com elas conflitarem. Quanto à sua *estabilidade*, enfim, pois são imutáveis, ou, ao menos, como concediam alguns, somente alteráveis pelos Estados Gerais.

Embora não houvesse acordo relativamente à enumeração das regras que compunham esse corpo, a doutrina das leis fundamentais teve ampla divulgação e aceitação, tendo penetrado também na Inglaterra, onde tanto a brandiam como arma os monarcas contra os parlamentares, quanto os parlamentares contra os Stuarts.

Nessa doutrina, encontra-se indubitavelmente a fonte da superioridade e da intocabilidade das regras concernentes ao poder, que se empresta às Constituições escritas.

6. AS DOCTRINAS DO PACTO SOCIAL

Antecedente próximo da ideia de Constituição é a de Pacto, ou Contrato, Social. Na verdade, a ideia de Constituição foi por muitos associada à de renovação ou restabelecimento do Pacto Social.

Na Idade Média, floresceu a ideia de que a autoridade dos governantes se fundava num contrato com os súditos: o *pactum subjectionis*. Por este pacto, o povo se sujeitava a obedecer ao príncipe enquanto este se comprometia a governar com justiça, ficando Deus como árbitro e fiel do cumprimento do contrato. Assim, violando o príncipe a obrigação de justiça, exoneravam-se os súditos da obediência devida, pela intervenção do Papa, representante da divindade sobre a Terra.

No século XVII, Hobbes, no *Leviatã*, e Locke, no *Segundo Tratado do governo civil*,

desenvolveram a concepção de que a própria sociedade se funda num pacto, num acordo ainda que tácito entre os homens. A mesma ideia foi difundida por Rousseau, às vésperas da Revolução Francesa, no *Contrato social*. Sem dúvida não coincidem os seus ensinamentos quanto à razão determinante de tal pacto, ou quanto às suas cláusulas. Entretanto, dessas lições resulta sempre que o poder decorre da vontade dos homens e tem um estatuto fixado por estes. Estatuto que se impõe aos governantes e visa a assegurar a paz (único objetivo para Hobbes) e os direitos naturais (objetivo principal para Locke e Rousseau).

7. O PENSAMENTO ILUMINISTA

A ideia de Constituição ganhou força associada às concepções do Iluminismo, a ideologia revolucionária do século XVIII. Esta cosmovisão tem cinco ideias-força, que se exprimem pelas noções de Indivíduo, Razão, Natureza, Felicidade e Progresso. De fato, ela concebe o homem como indivíduo, ou seja, como um ser individualizado, com vida e direitos próprios, que não se confunde com a coletividade, nem se funde nesta. Este indivíduo é eminentemente racional, determina a sua vontade por uma razão que não aceita senão o que lhe pode ser demonstrado. Razão, portanto, que rejeita o preconceito, isto é, tudo aquilo que não pode ser explicado objetivamente. Tal indivíduo racional vive num mundo governado em última instância por uma natureza boa e providente. Desta natureza resultam leis (naturais) que conduzem à melhor das situações possíveis, desde que não embaraçadas. Visam à felicidade que é o objetivo do homem. Objetivo a ser realizado na Terra e não no Céu como era o caso da salvação eterna, meta proposta para o homem pelo Cristianismo. Enfim, o otimismo quanto ao futuro, pois o homem, sua condição de vida, seus conhecimentos, sempre estão em aperfeiçoamento, em progresso.

Esta cosmovisão é fonte do liberalismo político e econômico que triunfa com as revoluções dos séculos XVIII e XIX. Neste último plano, o liberalismo afirma a virtude da livre concorrência, da não intervenção do Estado, enfim o *laissez-faire*, que enseja a expansão capitalista.

No plano estritamente político, o liberalismo encarece os direitos naturais do homem, tolera o Estado como um mal necessário e exige, para prevenir eventuais abusos, a *separação de poderes* que Montesquieu teorizou, de forma definitiva, no *Espírito das leis*.

8. NOÇÃO POLÊMICA DE CONSTITUIÇÃO

Ao surgir, ligada que estava a essa doutrina liberal, a ideia de Constituição escrita tinha um caráter polêmico. Não designava qualquer organização fundamental, mas apenas a que desse ao Estado uma estrutura conforme aos princípios do liberalismo.

Era, pois, uma arma ideológica contra o *Ancien Régime*, contra o absolutismo, contra a confusão entre o Monarca e o Estado, contra uma organização acusada de ser irracional. Propunha substituir tudo isso por um governo moderado, incapaz de abusos, zeloso defensor das liberdades individuais.

Este conceito polêmico é que exprime, numa fórmula célebre, a Declaração de 1789: “Toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição” (art. 16).

Ou mais explicitamente, para o liberalismo, Constituição é um documento escrito e solene que organiza o Estado, adotando necessariamente a separação dos poderes e visando a garantir os direitos do homem.

9. O CONSTITUCIONALISMO

Esse conceito polêmico é que alimenta o movimento político e jurídico, chamado *constitucionalismo*. Esse visa a estabelecer em toda parte *regimes constitucionais*, quer dizer, governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas.

Confunde-se, no plano político, com o liberalismo e, com este, sua marcha no século XIX e nos primeiros três lustros do século XX foi triunfal. Ou pela derrubada dos tronos, ou pela “outorga” dos monarcas, um a um, todos os Estados europeus adotaram Constituição.

Nas Américas, o rompimento das sujeições coloniais impôs a adoção de Constituições escritas, em que, abandonando a organização histórica, a vontade dos libertadores pudesse fixar as regras básicas da existência independente. Sem dúvida, o constitucionalismo na América procede da mesma orientação que o europeu. Aqui, porém, a Constituição escrita era exigência da própria independência, pois esta implicava o rompimento dos costumes e a destruição das instituições políticas tradicionais.

Essa extensão fulminante do movimento a todo o mundo civilizado não significa, porém, que em toda parte o governo moderado, constitucional, tenha deitado raízes. Em muitos casos, o êxito do constitucionalismo não foi além das aparências, fornecendo roupagem brilhante para vestir uma realidade adversa.

Na verdade, tem o regime constitucional seus pressupostos. Em primeiro lugar, só um poder firmemente estabelecido é que pode assumir forma constitucional, de modo que este não pode vingar ou prosperar onde um poder central efetivo não operou a unificação nacional.

Por outro lado, esse regime depende da existência de uma opinião pública ativa e informada e esta depende de um certo grau de lazer, instrução, riqueza, que só num certo grau de desenvolvimento pode um Estado alcançar. De um modo geral, os povos mais ricos tendem a ser os mais livres e o enriquecimento geral propicia a reivindicação de liberdade maior.

10. A RACIONALIZAÇÃO DO PODER

A Primeira Guerra Mundial, embora não marque o fim do constitucionalismo, assinala uma profunda mudança em seu caráter.

Por um lado, o após-guerra, ao mesmo tempo que gerava novos Estados que, todos, adotaram Constituições escritas, o disassocia do liberalismo. Os partidos socialistas e cristãos, cujo peso se faz então acentuadamente sentir, impõem às novas Constituições uma preocupação com o econômico e com o social. Isso repercute especialmente nas declarações constitucionais de direitos que combinam, de modo às vezes indigesto, as franquias liberais e os chamados direitos econômicos e sociais.

Por outro lado, a ciência jurídica impõe às novas Constituições o resultado de suas elucubrações de gabinete. Sutis mecanismos jurídicos vêm nos novos textos *racionalizar o poder*.

A racionalização do poder, nome pelo qual essa tendência a incorporar nas Constituições as sutilezas do jurista veio a ser conhecida, prolonga de certo modo o constitucionalismo. De fato, a ideia de racionalizar a vida política já estava presente neste movimento, embora mais atenuada. Da mesma forma a pretensão de enquadrar pela lei inteiramente a vida política, que se desvenda na racionalização, não passa de um exagero do desejo inerente ao constitucionalismo de fixar por meio de regras escritas os li-neamentos fundamentais da existência política.

11. VALOR DA RACIONALIZAÇÃO

Viu-se no desmoronamento de todas as democracias que seguiram o ideal da racionalização, ao elaborar suas Constituições na década de 1920, sinal de seu fracasso. Na verdade, na Alemanha, na Polônia, nos jovens Estados do Báltico etc., a racionalização do poder não logrou manter de pé as Constituições e o governo democrático. Isso, porém, nada prova contra ela, senão talvez que seus crentes presumiram demais em suas forças.

Em todos esses Estados faltavam as condições mínimas para que um poder democrático pudesse subsistir. Crise econômica, minorias raciais em conflito, agitação extremista, ausência de tradição liberal etc. conspiravam contra a sobrevivência de suas Constituições democráticas. Ora, não é possível suprir por regras jurídicas a ausência do substrato econômico e social próprio a cada regime. A racionalização tentou obviar essa lacuna mas, empenhando-se em tarefa impossível, não podia ter êxito, como não teve.

Todavia, essa tendência não morreu. Estando na linha de desenvolvimento do constitucionalismo, ressurgiu depois de 1945, impondo suas soluções às Constituições elaboradas a partir de então. Diminuída a confiança em suas virtudes, nem por isso os constituintes desistiram do intento de racionalizar ao máximo as leis fundamentais.

Capítulo 2º

CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

SUMÁRIO: 1. Conceito genérico de Constituição. 2. Constituição total. 3. Conceito jurídico. 4. Regras materialmente constitucionais. 5. Regras formalmente constitucionais. 6. Regras constitucionais quanto à aplicabilidade. 7. Constituição material e Constituição formal. 8. Constituição escrita e Constituição não escrita. 9. Constituição dogmática e Constituição histórica. 10. Constituição rígida, flexível e semirrígida. 11. Constituição-garantia, Constituição-balanço, Constituição-dirigente.

1. CONCEITO GENÉRICO DE CONSTITUIÇÃO

O conceito polêmico de Constituição, imposto pela revolução burguesa, tinha de ser, como o foi, submetido à crítica da doutrina. Esta não demorou em retirar dele a aspereza e a carga explosiva, procurando determinar cientificamente o seu conteúdo.

Ora, a primeira observação que fez foi a de que o termo “Constituição” é análogo, tendo ao lado de um sentido genérico outros que com este de algum modo se ligam.

Nesse sentido geral, Constituição é a organização de alguma coisa. Em tal acepção, o termo não pertence apenas ao vocabulário do Direito Público. Assim conceituado, é evidente que o termo se aplica a todo grupo, a toda sociedade, a todo Estado. Designa a natureza peculiar de cada Estado, aquilo que faz este ser o que é.

Evidentemente, nesse sentido geral, jamais houve e nunca haverá Estado sem Constituição.

2. CONSTITUIÇÃO TOTAL

Aplicado ao Estado, o termo “Constituição” em sua acepção geral pode designar a sua organização fundamental total, quer social, quer política, quer jurídica, quer econômica. E na verdade tem ele sido

empregado — às vezes — para nomear a integração de todos esses aspectos — a Constituição *total* ou integral.

3. CONCEITO JURÍDICO

Entretanto, o termo “Constituição” é mais frequentemente usado para designar a organização jurídica fundamental.

Que é organização jurídica fundamental? Que compreende o termo “Constituição”?

Por organização jurídica fundamental, por Constituição em sentido jurídico, entende-se, segundo a lição de Kelsen, o conjunto das normas positivas que regem a produção do direito. Isto significa, mais explicitamente, o *conjunto de regras concernentes à forma do Estado, à forma do governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua ação*.

Realmente, a produção do direito é obra do poder, cuja estruturação fundamental é definida pelos aspectos “materiais” apontados.

4. REGRAS MATERIALMENTE CONSTITUCIONAIS

Todas as regras, cuja matéria estiver nesse rol, são constitucionais. Essas regras formam, como se diz usualmente, a Constituição *material* do Estado, sejam elas escritas ou não, sejam de elaboração solene ou não (Constituição em sentido lato).

Regras materialmente constitucionais são, em suma, as que, por seu conteúdo, se referem diretamente à forma do Estado (p. ex., as que o definem como Estado federal), forma de governo (p. ex., democracia), ao modo de aquisição (p. ex., sistema eleitoral) e exercício do poder (p. ex., atribuições de seus órgãos), estruturação dos órgãos de poder (p. ex., do Legislativo ou do Executivo), aos limites de sua ação (p. ex., os traçados pelos direitos fundamentais do homem).

Em verdade, as Constituições escritas devem ser breves, para que tenham valor educativo. Assim, contentam-se em fixar apenas as regras principais, deixando ao legislador ordinário a tarefa de completá-las, de precisá-las. Por isso, fora da Constituição escrita, encontram-se leis ordinárias de matéria constitucional (como entre nós a lei eleitoral). Tais leis são ditas, em vista disso, *materialmente constitucionais*.

5. REGRAS FORMALMENTE CONSTITUCIONAIS

Se há regras que, por sua matéria, são constitucionais ainda que não estejam contidas numa Constituição escrita, nestas costumam existir normas que, rigorosamente falando, não têm conteúdo constitucional. Ou seja, regras que não dizem respeito à matéria constitucional (forma do Estado, forma de governo etc.).

Tais regras têm apenas a forma de constitucionais. São, portanto, normas (apenas) formalmente constitucionais.

A inclusão dessas regras de conteúdo não constitucional no corpo da Constituição escrita (v. abaixo) visa especialmente a sublinhar a sua importância. E, quando esta Constituição é rígida (v. abaixo), a fazê-la gozar da estabilidade que a referida Constituição rígida confere a todas as suas normas.

6. REGRAS CONSTITUCIONAIS QUANTO À

APLICABILIDADE

Convém assinalar que nem toda norma constitucional tem aplicabilidade imediata. Como ensinava a doutrina clássica (Thomas Cooley, Rui Barbosa etc.) e ensina hoje Jorge Miranda (*Manual de direito constitucional*, t. 2, p. 216 e s.), as regras constitucionais ou são *autoexecutáveis* ou não *autoexecutáveis* (v. parte VIII, Cap. 10, n. 4 a 7).

As normas *autoexecutáveis* são aquelas que, sendo completas e definidas quanto à hipótese e à disposição, bastam por si mesmas e assim podem e devem ser aplicadas de imediato. Têm aplicabilidade imediata.

As normas *não autoexecutáveis* são aquelas que não podem ter aplicação imediata, porque dependem de regra ulterior que as complementa. Não têm aplicabilidade imediata. Três são as espécies de regras não *autoexecutáveis*: a) normas *incompletas*, ou seja, aquelas que não são suficientemente definidas, seja quanto à hipótese, seja quanto à disposição; por exemplo, normas que criam institutos processuais mas não esclarecem qual o procedimento aplicável; b) normas *condicionadas*, isto é, aquelas que, embora pareçam suficientemente definidas na hipótese e no dispositivo, foram condicionadas pelo constituinte a uma lei posterior, que precise os seus elementos integrantes; e c) normas *programáticas*, quer dizer, as que indicam planos ou programas de atuação governamental. Estas não só reclamam lei ordinária de complementação ou regulamentação, mas também exigem medidas administrativas para que possam tornar-se efetivas. É o caso de uma norma constitucional que reconheça um direito à habitação. A sua aplicação dependerá de uma lei de regulamentação que estabeleça as condições de aquisição do direito. Entretanto, esta lei não bastará para que este direito se efetive; necessário será que haja casas, que se construam habitações, medida que é do âmbito do Poder Executivo.

7. CONSTITUIÇÃO MATERIAL E CONSTITUIÇÃO FORMAL

Desse modo, a Constituição escrita não contém sempre todas as regras cuja matéria é constitucional. Costuma-se, por essa razão, opor a *Constituição formal* (a Constituição escrita) à *Constituição material* (o conjunto de regras materialmente constitucionais, pertencem ou não à Constituição escrita).

8. CONSTITUIÇÃO ESCRITA E CONSTITUIÇÃO NÃO ESCRITA

O constitucionalismo, porém, como se viu, difundindo o conceito polêmico, tornou obrigatório distinguir-se tipos de Constituições, em sentido jurídico. De fato, se se encarar apenas a forma das regras constitucionais, encontram-se em oposição a *Constituição escrita*, cujas regras se contêm num documento elaborado para fixar a organização fundamental (a Constituição em sentido estrito) e a *Constituição não escrita*, de cujas regras umas são escritas — leis — outras não o são — costumes.

9. CONSTITUIÇÃO DOGMÁTICA E CONSTITUIÇÃO HISTÓRICA

Dessa oposição deriva outra. Como a Constituição escrita é sempre o fruto da aplicação consciente de certos princípios ou dogmas, enquanto a não escrita é produto de lenta síntese histórica, levando-se em conta a sua fonte de inspiração, as primeiras são também ditas *Constituições dogmáticas*, e as últimas, *Constituições históricas*.

10. CONSTITUIÇÃO RÍGIDA, FLEXÍVEL E SEMIRRÍGIDA

Por outro lado, a doutrina polêmica da Constituição pretendia que esta fosse imutável, ou ao menos só se alterasse por um processo especial, distinto de modo ordinário do estabelecimento de regras jurídicas. Assim, gozariam de uma estabilidade especial, seriam *rígidas*. Deveu-se reconhecer, porém, que o conceito *Constituição escrita* não equivalia ao de *Constituição rígida*. Na verdade, pôde-se notar que as Constituições escritas, como o Estatuto Albertino, Constituição do reino da Itália, eram modificáveis por meio de leis ordinárias. Desse modo, o conceito *Constituição rígida* teve de ser restringido, empregando-se o mesmo para designar dentre as Constituições escritas aquelas que só se alteram mediante processos especiais. Passou-se então a chamar de *Constituições flexíveis* as que, escritas às vezes, não escritas sempre, podem ser modificadas pelo processo legislativo ordinário.

Ainda quanto à estabilidade, contudo, um terceiro tipo foi identificado, a que pertence a Constituição brasileira de 1824, chamado de *semirrígido*. A Constituição *semirrígida* é a Constituição escrita cujas regras, em parte, podem ser modificadas pelo processo legislativo ordinário (em parte são flexíveis), em parte que ela própria determina só podem ser alteradas por processo especial (em parte são rígidas).

11. CONSTITUIÇÃO-GARANTIA, CONSTITUIÇÃO-BALANÇO, CONSTITUIÇÃO-DIRIGENTE

Modernamente, é frequente designar a Constituição de tipo clássico de *Constituição-garantia*, pois esta visa a garantir a liberdade, limitando o poder. Tal referência se desenvolveu pela necessidade de contrapô-la à *Constituição-balanço*. Esta, conforme a doutrina soviética que se inspira em Lassalle, é a Constituição que descreve e registra a organização política estabelecida. Na verdade, segundo essa doutrina, a Constituição registraria um estágio das relações de poder. Por isso é que a URSS, quando alcançado novo estágio na marcha para o socialismo, adotaria nova Constituição, como o fez em 1924, 1936 e em 1977. Cada uma de tais Constituições faria o *balanço* do novo estágio.

Hoje muito se fala em *Constituição-dirigente*. Esta seria a Constituição que estabeleceria um *plano* para dirigir uma evolução política. Ao contrário da *Constituição-balanço* que refletiria o presente (o ser), a *Constituição-programa* anunciaria um *ideal* a ser concretizado. Esta *Constituição-dirigente* se caracterizaria em consequência de *normas programáticas* (que para não caírem no vazio reclamariam a chamada *inconstitucionalidade por omissão* — v. Cap. 5º).

A ideia de *Constituição-dirigente* foi sobremodo encarecida por juristas de inspiração marxista, como o português Canotilho, que desejam prefigurar na Constituição a implantação progressiva de um Estado socialista, primeiro, comunista, a final. Exemplo, a Constituição portuguesa de 1976.

Capítulo 3º

CONCEITO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

SUMÁRIO: 1. Direito Constitucional como ciência. 2. Direito Constitucional particular ou positivo. 3. Direito Constitucional comparado. 4. Direito Constitucional geral. 5. Direito Constitucional material e formal. 6. O Direito Constitucional e os demais ramos do Direito Público. 7. O Direito Constitucional e os demais ramos do Direito Privado. 8. Relações do Direito Constitucional com disciplinas de cunho não jurídico.

1. DIREITO CONSTITUCIONAL COMO CIÊNCIA

Como já se indicou anteriormente, o conceito de Direito Constitucional é relativo ao de Constituição, de modo que a cada um dos sentidos deste termo corresponde um conceito de Direito Constitucional.

À acepção jurídica de Constituição corresponde o conceito de Direito Constitucional. Como ciência, este é o conhecimento sistematizado da organização jurídica fundamental de Estado. Isto é, conhecimento sistematizado das regras jurídicas relativas à forma do Estado, à forma do governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos e aos limites de sua ação.

2. DIREITO CONSTITUCIONAL PARTICULAR OU POSITIVO

Cada Estado, porém, apresenta peculiaridades em sua organização jurídica fundamental, suficientes para distingui-la da de outro Estado. Encarada a organização jurídica fundamental de um Estado determinado como toda matéria a ser conhecida, tem-se aí o Direito Constitucional *particular*. Ou Direito Constitucional *positivo* se se preferir sublinhar a vigência e a eficácia das regras componentes da organização jurídica fundamental de Estado determinado.

3. DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Todavia, sempre há entre os Estados pontos de contato suficientes para justificar sua comparação sob um ou outro aspecto peculiar. Pode-se, por exemplo, comparar os direitos constitucionais positivos de uma área geográfica determinada (comparação no espaço), ou de uma certa época (comparação no tempo). Pode-se comparar a estrutura de uma instituição em diversos direitos positivos (comparação institucional) etc. Quando o método de comparação é o principalmente empregado num estudo, costuma-se dizer que este é de *Direito Constitucional comparado*, mas não se quer com isso designar uma disciplina nova e sim um modo ou prisma de análise.

4. DIREITO CONSTITUCIONAL GERAL

Da comparação entre os direitos positivos extrai-se o que há de comum a todos eles, reunindo-se assim os princípios universalmente respeitados em matéria constitucional. A sistematização desses princípios constitui o *Direito Constitucional geral* ou *Teoria Geral do Direito Constitucional*, que serve ao mesmo tempo de roteiro para o constituinte e para o intérprete.

A Teoria Geral do Direito Constitucional estuda os princípios fundamentais da organização política, que se identificam por meio do estudo comparativo das constituições em vigor. Hoje, em virtude do desaparecimento do Estado Soviético, bem como das Democracias Populares, essa teoria está unificada. Com efeito, descabe falar, atualmente, num direito constitucional marxista.

O Direito Constitucional de derivação liberal, que impera sem contraste desde o final do século, pode ser resumido em três princípios gerais: *o princípio da supremacia da Constituição*; *o princípio democrático*; *o princípio da limitação do poder*. Tais princípios serão objeto de estudo no

desenvolvimento deste livro.

5. DIREITO CONSTITUCIONAL MATERIAL E FORMAL

Por outro lado, é de interesse a distinção entre Direito Constitucional *material* e Direito Constitucional *formal*. Essa distinção corresponde rigorosamente à distinção entre Constituição material e Constituição formal que se pode fazer onde há Constituição escrita. Essa distinção tem importância sobretudo onde a Constituição é rígida, pois somente as regras constitucionais formais é que podem beneficiar-se dessa proteção especial.

6. O DIREITO CONSTITUCIONAL E OS DEMAIS RAMOS DO DIREITO PÚBLICO

O Direito Constitucional, que se definiu acima, pertence, na clássica divisão do Direito, ao ramo público. Na verdade é ele o próprio cerne do Direito Público interno, já que seu objeto é a própria organização básica do Estado, e, mais que isso, o alicerce sobre o qual se ergue o próprio Direito Privado. De fato, se estrutura o Estado e com isso a si subordina os demais ramos do Direito Público interno (o administrativo, o judiciário etc.), também põe as bases da organização social e econômica de modo que os ramos do Direito Privado (civil, comercial etc.) às suas regras devem curvar-se.

Traçando as linhas fundamentais da organização dos poderes do Estado, o Direito Constitucional determina o rumo a ser seguido pelo Direito Administrativo e pelo Direito Judiciário. Sendo estes, como são, ramos do Direito Público que regem a estrutura e a ação da administração pública (o Poder Executivo), e da justiça (o Poder Judiciário), claro está que na Constituição é que se encontram seus princípios fundamentais e, inclusive, se acham estabelecidos os seus órgãos principais.

A Constituição brasileira ilustra bem isso. Em seu corpo se acham previstos e estruturados em linhas gerais os mais altos órgãos administrativos — os ministérios —, além de lá estarem consolidados o princípio da responsabilidade do Estado e o estatuto do funcionário. Nela também está fixada a estrutura das justiças em geral e de vários de seus órgãos em particular, afora princípios processuais que adota.

Os demais ramos do Direito Público também encontram na Constituição suas normas basilares. O Direito Penal é estritamente condicionado por inúmeros preceitos registrados nas declarações de direitos e garantias, como os que vedam certas penas. O Tributário, a seu turno, está preso às regras constitucionais sobre o poder de tributar e às que discriminam os tributos, distribuindo-os à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal.

7. O DIREITO CONSTITUCIONAL E OS DEMAIS RAMOS DO DIREITO PRIVADO

Os próprios ramos do Direito Privado recebem da Constituição o seu cunho geral, sobretudo desde que as Cartas Magnas se preocupam ostensivamente com a ordem econômico-social.

O Direito Civil, entre nós, por exemplo, recebe da Constituição as normas fundamentais sobre a propriedade e sobre a família. O Comercial tem de desdobrar-se a partir dos múltiplos preceitos que, ora monopolizam em favor do Estado certas atividades, ora delas excluem certas pessoas. O Trabalhista encontra no texto constitucional a substância de suas leis básicas além de preceitos imediatamente imperativos.

8. RELAÇÕES DO DIREITO CONSTITUCIONAL COM DISCIPLINAS DE CUNHO NÃO JURÍDICO

Se, portanto, todos os ramos do Direito, sem exceção, vinculam-se à Constituição e, portanto, ao Direito Constitucional, esta disciplina mantém estreitas relações com outras de cunho não jurídico.

Particularmente importantes são suas relações com a Teoria do Estado. Esta ciência, cujo objeto é a unificação do conhecimento sobre o Estado, inspira necessariamente qualquer Constituição que pretenda viabilidade. De fato, a Teoria do Estado fornece ao Direito Constitucional dados seguros sobre problemas capitais como o do reflexo dos ideais políticos sobre o funcionamento dos regimes de governo.

Com a Economia não são menos importantes as suas relações. Se não é aceitável que a base econômica determina as instituições políticas de um Estado (como queria Marx), é irrecusável que ela condiciona o êxito das formas de governo, por exemplo. Assim, conhecimentos econômicos podem iluminar problemas inexplicáveis para quem pretender compreender fenômenos constitucionais somente com o auxílio do Direito.

Igualmente o Direito Constitucional muito deve à Filosofia e à Sociologia. Aquela o esclarece sobre os valores que inspiram as organizações políticas; esta lhe mostra a inter-relação dos fenômenos sociais, entre os quais o jurídico e o político se inscrevem.

Mais patente ainda é o vínculo entre o Direito Constitucional e a Política. De fato, esta é a ciência do poder e aquele é, no fundo, a ciência de organização jurídica do poder.

Capítulo 4º

O PODER CONSTITUINTE

SUMÁRIO: 1. A Constituição, lei suprema. 2. Origem da ideia de Poder Constituinte. 3. O Poder Constituinte e seu fundamento lógico. 4. Poder Constituinte: originário e derivado. 5. A natureza do Poder Constituinte. 6. Titularidade: *consensus* e legitimidade. 7. O agente do Poder Constituinte. 8. O veículo do Poder Constituinte. 9. O direito de revolução. 10. Caracteres do Poder Constituinte originário. 11. Formas de expressão do Poder Constituinte originário. 12. O Poder Constituinte derivado: caracteres. 13. Espécies de Poder Constituinte derivado. 14. A limitação do poder de revisão. 15. Limitações temporais, circunstanciais e materiais. 16. Formas de expressão do poder de revisão. 17. O estabelecimento da Constituição de 1988.

Leitura complementar: Clássico: Siéyès, *Qu'est-ce que le tiers état?*; análise recente: Claude Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*; brasileiro: meu *O poder constituinte*.

1. A CONSTITUIÇÃO, LEI SUPREMA

A Constituição rígida é a lei suprema. É ela a base da ordem jurídica e a fonte de sua validade. Por isso, todas as leis a ela se subordinam e nenhuma pode contra ela dispor.

A supremacia da Constituição decorre de sua origem. Provém ela de um poder que institui a todos os outros e não é instituído por qualquer outro, de um poder que constitui os demais e é por isso

denominado *Poder Constituinte*. O estudo desse poder é o objeto deste capítulo.

Por outro lado, da superioridade da Constituição resulta serem viciados todos os atos que com ela conflitam, ou seja, dela resulta a inconstitucionalidade dos atos que a contrariam. Ora, para assegurar a supremacia da Constituição é preciso efetivar um crivo, um controle sobre os atos jurídicos, a fim de identificar os que, por colidirem com a Constituição, não são válidos. Esse *controle de constitucionalidade* é o tema do último capítulo desta Parte.

2. ORIGEM DA IDEIA DE PODER CONSTITUINTE

A ideia de que a Constituição é fruto de um poder distinto dos que estabelece, a afirmação da existência de um Poder Constituinte, fonte da Constituição e, portanto, dos poderes constituídos (dentre os quais o Legislativo) é contemporânea da de Constituição escrita. Na verdade, é no panfleto de Siéyès, *Qu'est-ce que le tiers état?*, que isso se afirma explicitamente pela primeira vez.

De fato, era na Antiguidade desconhecida essa ideia. Tanto na Grécia como em Roma as leis de conteúdo constitucional não se distinguiam formalmente das demais e se manifestavam sobretudo nos costumes, alterando-se pelos órgãos legislativos ordinários ou pela invenção individual (Licurgo, Sólon).

Da mesma forma, a Idade Média não a conheceu. As regras de matéria constitucional eram costumeiras e como tais só o decurso do tempo as podia mudar. Igualmente não se separavam essas regras das outras, por sua forma.

Nos albores da época moderna, a concepção, formulada pelos legistas, de leis fundamentais, caracterizadas por sua matéria, por sua superioridade e por sua estabilidade, trazia implícita essa ideia. Mas, ainda, então, não se chegou a ela.

3. O PODER CONSTITUINTE E SEU FUNDAMENTO LÓGICO

O reconhecimento de um poder capaz de estabelecer as regras constitucionais, diverso do de estabelecer regras segundo a Constituição, é, desde que se pretenda serem aquelas superiores a estas, uma exigência lógica. A superioridade daquelas, que se impõe aos próprios órgãos do Estado, deriva de terem uma origem distinta, provindo de um poder que é fonte de todos os demais, pois é o que constitui o Estado, estabelecendo seus poderes, atribuindo-lhes e limitando-lhes a competência: o Poder Constituinte.

Deve-se, portanto, reconhecer a existência de um Poder Constituinte do Estado e dos poderes deste (os quais são, por esse motivo, ditos constituídos). Esse Poder Constituinte é que estabelece a organização jurídica fundamental, é que estabelece o conjunto de regras jurídicas concernentes à forma do Estado, do governo, ao modo de aquisição e exercício do governo, ao estabelecimento de seus órgãos e aos limites de sua ação, bem como as referentes às bases do ordenamento econômico e social.

Observe-se, porém, que, embora se possa falar de Poder Constituinte relativamente a uma Constituição flexível, propriamente a distinção entre Poder Constituinte e poderes constituídos só tem interesse relativamente à Constituição rígida. De fato, naquela é o mesmo poder que gera as regras ordinárias e as regras constitucionais, assim Poder Legislativo e Poder Constituinte se confundem (donde a flexibilidade da Constituição). Em relação à Constituição rígida é que se pode mostrar distintamente a existência de um poder anterior e inicial.

4. PODER CONSTITUINTE: ORIGINÁRIO E DERIVADO

O poder que edita Constituição nova substituindo Constituição anterior ou dando organização a novo Estado — este Poder Constituinte é usualmente qualificado de *originário*. Isto sublinha que ele dá origem à organização jurídica fundamental.

Esta qualificação serve também para distinguir esse Poder Constituinte, que é o único a realmente fazer jus ao nome, de Poderes Constituintes instituídos ou derivados. Estes impropriamente são chamados de Consti-tuintes. Eles são constituídos pelo Poder Constituinte originário e dele tiram a força que têm. A designação Poder Constituinte só lhes vem do fato de que, nos termos da obra de Poder originário, podem modificá-la, completá-la (poder de revisão) ou institucionalizar os Estados federados que dela provenham (Poder Constituinte dos Estados-Membros).

Por isso, quando se fala simplesmente em Poder Constituinte é ao originário que se faz referência.

5. A NATUREZA DO PODER CONSTITUINTE

Qual é a natureza do Poder Constituinte? É ele um poder de fato, isto é, uma força que se impõe como tal, ou um poder de direito, ou seja, um poder que deriva de regra jurídica anterior ao Estado que funda?

Essa questão, na verdade, é o próprio problema do fundamento do Direito. De fato, o Direito positivo (no sentido de direito *posto* pelo Estado) se subordina à Constituição, de modo que o fundamento desta é o fundamento de todo o Direito positivo.

Para quem entender que o Direito só é Direito quando positivo, a resposta é que o Poder Constituinte é um poder de fato, no sentido de que se funda a si próprio, não se baseando em regra jurídica anterior.

Para os que admitem a existência de um Direito anterior ao Direito positivo, a solução é que o Poder Constituinte é um poder de direito, fundado num poder natural de organizar a vida social de que disporia o homem por ser livre.

Na realidade, parece preferível a segunda tese. O Direito não se resume ao Direito positivo. Há um Direito natural, anterior ao Direito do Estado e superior a este. Deste Direito natural decorre a liberdade de o homem estabelecer as instituições por que há de ser governado. Destarte, o poder que organiza o Estado, estabelecendo a Constituição, é um poder de direito.

6. TITULARIDADE: CONSENSUS E LEGITIMIDADE

Este debate confunde-se com a polêmica sobre o titular da soberania, isto é, do supremo poder no Estado. Na verdade, muitas são as respostas plausíveis a essa indagação e, sem dúvida, todas elas já foram defendidas com a mesma paixão e nos mesmos termos absolutos.

Pode-se dizer, com a maior objetividade, que a aceitação dessas respostas tem variado de época para época. Tal aceitação depende da cosmovisão que prevalece na sociedade, num determinado momento, a qual muda com o passar do tempo. Essa aceitação é o cerne do chamado *consensus*, do qual deriva a *legitimidade* do governo estabelecido. De fato, a legitimidade do governo está em haver sido ele estabelecido de conformidade com a opinião predominante na sociedade sobre a quem cabe o poder, ou como se confere o poder (*consensus*). A legitimidade não se confunde com a mera *legalidade*, ou seja, com o fato de haver sido o governo estabelecido de acordo com as leis vigentes, pois essas leis podem ser ilegítimas, em face do *consensus*.

É por isso incorreto aplicar a uma época o critério de legitimidade adotado noutra época, pretendendo com isso mostrar a ilegitimidade — *a posteriori* — de poderes uma vez estabelecidos.

Estes podem ter sido legítimos a seu tempo, embora não o sejam hoje pela mudança do *consensus*.

Cumprir reconhecer, porém, que o poder só se estabiliza quando fundado na aceitação dos que vão ser por ele governados. O poder decorrente da mera força bruta é instável, pois varia com a relação de forças. Ele somente cria raízes ao se tornar legítimo. Assim, com certa rapidez se dá a consolidação dos governos resultantes de simples quebra da legalidade; contudo, é difícil a dos que importam em rompimento com a legitimidade.

Esta aceitação é imprescindível para que a obra do Poder Constituinte alcance eficácia. Quer dizer, seja globalmente respeitada e cumprida como Constituição, como lei suprema.

A legitimidade, entretanto, que falta a um poder pode ser por ele obtida, por meio de uma catequese persistente, que o passar do tempo facilita. É possível a um poder, estabelecido pela força, manter-se apoiado na força, enquanto instila, compra e até força a cristalização do *consensus* que o legitima.

O conceito de *poder de fato* deflui dessa situação. É *de fato* o poder que não tem por si a legitimidade, ainda que tenha por si a legalidade. Realmente, pode o governo editar leis que ratifiquem seu estabelecimento muito antes de lograr a aceitação dos governados. O poder se torna *de direito*, quando alcança a legitimidade.

Não se deve, todavia, confundir poder de fato com *governo de fato*, tal qual se entende esta última expressão em Direito Internacional Público. O governo de fato é tão somente o governo estabelecido ao arrepio da lei, o governo ilegalmente estabelecido. Tal expressão, portanto, diz respeito à legalidade e não à legitimidade. É a “ilegalidade” do governo de fato que o faz, à luz do Direito Internacional, necessitado de reconhecimento.

Se todo poder, em última análise, repousa no consentimento, na aceitação dos governados, pode-se dizer que a soberania e, portanto, o Poder Constituinte originário pertence ao povo. Isso não significa, entretanto, que tenha o Poder Constituinte como agente habitual o próprio povo.

7. O AGENTE DO PODER CONSTITUINTE

Não se confunde o titular do Poder Constituinte com o seu agente. Este é o homem, ou o grupo de homens, que em nome do titular do Poder Constituinte estabelece a Constituição do Estado. Assim, por exemplo, o ente coletivo, Assembleia Constituinte, costuma ser o agente do Poder Constituinte do povo.

Tal agente, exatamente por não ser o titular do Poder, edita uma obra que vale como Constituição na medida em que conta com a aceitação do titular. Esta aceitação é presumida sempre que o agente é designado pelo titular para estabelecer a Constituição, como ocorre quando uma Assembleia Constituinte é eleita. Ou é aferida posteriormente, seja expressamente quando a Constituição é sujeita à manifestação direta do povo (*referendum*), ou tacitamente quando posta em prática vem a ganhar eficácia.

Desta distinção entre titular e agente resultam duas consequências importantes. Uma, a de que o Poder Constituinte do titular permanece, não se exaurindo depois de sua manifestação, enquanto o do agente se esgota, concluída a sua obra. Outra, a de que a obra do agente está sempre sujeita a uma condição de eficácia. Com efeito, antes disso não é uma verdadeira Constituição, mas um ato com a pretensão de ser uma Constituição, para seguir as lições de Kelsen.

Em outros termos, um ato editado como Constituição só se torna verdadeiramente a Constituição positiva de um determinado Estado, se e quando logra obter eficácia (efetividade). Quer dizer, quando ela é globalmente cumprida, aplicada.

8. O VEÍCULO DO PODER CONSTITUINTE

A doutrina do Poder Constituinte raciocina a partir da hipótese da inexistência de instituições políticas, de Estado, portanto. O titular do Poder Constituinte (normalmente o povo) estabelecerá, por intermédio do agente (os representantes do povo), a Constituição sobre um terreno até então virgem, vazio.

Entretanto, essa hipótese não ocorre no mundo dos fatos. Neste, o Poder Constituinte vem a manifestar-se onde já existem instituições e contra elas. Isto é, onde existem instituições políticas, Constituição estabelecida, o Poder Constituinte originário pode vir a manifestar-se, editando nova Constituição. Para tanto, porém, é necessário que se preencha uma condição indispensável: a de que perca eficácia, conseqüentemente deixe de ser verdadeiramente Constituição a que vigorava antes dessa (nova) manifestação do Poder Constituinte originário.

A perda de eficácia da Constituição (anterior) estabelece o vazio sobre o qual o Poder Constituinte originário vai erigir a nova Constituição, que se aperfeiçoará como Constituição se e quando ganhar eficácia.

Essa perda de eficácia traduz um evento revolucionário. Ou melhor, a revolução “quebra” a Constituição então em vigor (pois revolução, juridicamente falando, é sempre rompimento da Constituição) e assim abre caminho para a nova Constituição.

É por isso que se costuma dizer que a revolução é o veículo do Poder Constituinte originário, que este não se manifesta sem uma revolução, que a revolução “tem” Poder Constituinte.

Há, porém, Constituições não precedidas de revolução. Algumas, como a Constituição francesa de 1958, são fruto de reforma da Constituição anterior, estabelecidas de acordo com as normas (pelo menos formais) da Constituição anterior, mas que, por resultarem numa ampla, completa, profunda reformulação, se intitulam de (nova) Constituição. Outras são concedidas por um Estado colonizador a Estado que se liberta da colonização. É o que fez a Grã-Bretanha em favor de suas antigas colônias, em numerosas oportunidades.

9. O DIREITO DE REVOLUÇÃO

As considerações feitas no item precedente levam naturalmente ao reconhecimento em proveito do povo do *direito de revolução*, sem o qual o seu Poder Constituinte não poderia ordinariamente exprimir-se. De fato, o direito de mudar de organização política em função da ideia adotada implica faculdade de insurgir-se pelos meios que as circunstâncias fizerem necessários, contra a Constituição vigente.

O direito de revolução, como o de resistência, é o derradeiro recurso da liberdade, que só ela o pode justificar como emprego da força contra a lei positiva. É ele sempre a *ultima ratio* de que só se deve usar em casos extremos, mormente nos Estados modernos de índole pluralista. Estes, na verdade, estão abertos à oposição de ideias, deixando o poder em disputa entre os grupos que as incorporam desde que estes respeitem os demais e não se proponham mudar as regras do jogo. Neles, assim, uma ideia de direito pode vir a se impor sem necessidade de recorrerem seus adeptos à força bruta.

O recurso à força, porém, subsiste sempre. Todavia, antes que o grupo apele para armas, para que o faça de modo sensato, é mister que não haja possibilidade razoável de fazer a ideia de direito triunfar por meio mais *econômico*, que haja bem alicerçada garantia de êxito (para que a tentativa não se esgote em inútil e cruenta luta), que daí não derive irremediável cisão entre o povo, fonte de contínuas

discórdias, enfim, que haja sólida e fundada esperança de se obter a adesão dos indiferentes, da maioria. De fato, a revolução é sempre feita por uma minoria mas só se legitima pela adesão da maioria.

10. CARACTERES DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

O Poder Constituinte originário apresenta três caracteres fundamentais.

É ele *inicial* porque não se funda noutro mas é dele que derivam os demais poderes.

O seu segundo traço característico é diversamente designado conforme a corrente doutrinária. Todas estas correntes estão de acordo em reconhecer que ele é *ilimitado* em face do Direito positivo (no caso a Constituição vigente até sua manifestação). A este caráter os positivistas designam *soberano*, dentro da concepção de que, não sendo limitado pelo Direito positivo, o Poder Constituinte não sofre qualquer limitação de direito, visto que para essa escola o Direito somente é Direito quando positivo. Os adeptos do jusnaturalismo o chamam de *autônomo*, para sublinhar que, não limitado pelo Direito positivo, o Poder Constituinte deve sujeitar-se ao Direito natural.

Enfim, é ele *incondicionado* no sentido de que não tem fórmula prefixada nem forma estabelecida para a sua manifestação. Sem embargo disto, observe-se que frequentemente as Assembleias Constituintes são limitadas pela predefinição de determinados pontos substanciais (p. ex., a república e a federação na Constituinte brasileira de 1890), e condicionadas pela prefixação de certas regras de deliberação. Isto não desmente que o Poder Constituinte seja sempre autônomo e incondicionado, visto que essas Constituintes são precedidas por atos do Poder Constituinte, estes sim iniciais, autônomos e incondicionados, que investem na Assembleia o papel de seu agente. E, por isso, podem fixar-lhe um estatuto, uma verdadeira Pré-Constituição (p. ex., o Dec. n. 1, de 15-11-1889).

11. FORMAS DE EXPRESSÃO DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Vários são os processos usados para positivar a Constituição.

O mais simples de todos consiste na *outorga*. O agente do Poder Constituinte promulga um texto consubstanciando a nova organização, texto esse ao qual o povo tacitamente dá eficácia (p. ex., a Carta de 10-11-1937).

De modo geral, porém, o grupo constituinte só age revolucionariamente para derrubar a Constituição anterior, preparando a consagração da nova ideia de direito. Para o estabelecimento da nova lei fundamental, convoca ele uma *convenção*, ou *assembleia constituinte*, na qual os mais importantes de seus membros (e às vezes alguns adversários até) discutem e aprovam suas regras (p. ex., Constituição de 1946). Às vezes, ainda, o produto da deliberação dessa assembleia é submetido à votação popular, ao *referendum*, para que o titular do Poder Constituinte expressamente se manifeste. Estes dois processos são particularmente apreciados pelos grupos inspirados no ideal democrático.

Enfim, outro método, chamado de bonapartista por haver sido usado por Napoleão, consiste em consultar o povo sobre se este consente em que um homem promulgue em seu nome uma Constituição, em tais ou quais bases vagamente referidas. Desse modo, por um *plebiscito* o titular do Poder Constituinte originário transmite seu exercício a um César.

12. O PODER CONSTITUINTE DERIVADO: CARACTERES

Embora grupo constituinte algum cuide de preparar a substituição da ideia de direito que o incita a agir, a experiência faz prever a necessidade futura de alterações ou complementações no texto que edita. Por isso é que dispõe sobre a revisão da Constituição, atribuindo a um poder constituído o direito de emendá-la. Esse poder *instituído* goza de um Poder Constituinte *derivado* do originário (v. n. 4 acima). Sua modalidade principal é o poder de revisão (v. n. 13).

Caracteriza-se o Poder Constituinte instituído por ser *derivado* (provém de outro), *subordinado* (está abaixo do originário, de modo que é *limitado* por este) e *condicionado* (só pode agir nas condições postas, pelas formas fixadas) pelo originário.

13. ESPÉCIES DE PODER CONSTITUINTE DERIVADO

Duas são as espécies de Poder Constituinte derivado.

Uma é o poder de revisão. Trata-se do poder, previsto pela Constituição, para alterá-la, adaptando-a a novos tempos e novas exigências.

Outra é o Poder Constituinte dos Estados-Membros de um Estado federal. O chamado Poder Constituinte decorrente. Este deriva também do originário mas não se destina a rever sua obra e sim a institucionalizar coletividades, com caráter de estados, que a Constituição preveja.

Como o *Poder Constituinte instituído*, o poder decorrente é *subordinado*, *secundário* e *condicionado*. Só pode agir validamente no âmbito fixado pelo originário. Este fixa princípios explícitos e implícitos e mesmo regras acabadas que devem ser por ele respeitadas. É essa a lição das Constituições brasileiras sem exceção. E somente se pode manifestar com a observância das formas para ele fixadas na Constituição.

14. A LIMITAÇÃO DO PODER DE REVISÃO

Com relação ao poder de revisão, discute-se se é ele limitado pela Constituição.

Autores há — e são muitos, v. g., Duguit, Joseph Barthélemy, Laferrière, Duverger, Vedel... — que o consideram ilimitado. E assim pensam, de modo geral, porque o consideram o próprio poder originário subsistente em sua própria obra. Desse modo as regras que ele próprio declarou, ele próprio pode mudar.

Outros — e são a maioria, v. g., Schmitt, Burdeau, Hauriou, Recaséns Siches, Pinto Ferreira... — sustentam o contrário. O Poder Constituinte constitucionalizado é uma criação do originário como os demais poderes, como a Constituição. Sua competência ele a recebeu do poder originário e como os demais poderes constituídos não pode validamente ultrapassar seus limites.

A razão parece estar com os últimos. Dizer que o Poder Constituinte originário não se esgota com a edição da Constituição, que por isso ele subsiste na Constituição, é afirmação verdadeira em termos. Sem dúvida, o Poder Constituinte de que é titular o povo não se esgota com a prática de um ato, como a liberdade não se exaure em qualquer de suas manifestações. Entretanto, é um órgão constituído, e não o agente do Poder Constituinte originário autor da Constituição, que recebe desta o poder de alterá-la, sob certas formas, dentro de certos limites. Assim, o órgão constituído habilitado a modificar a Constituição está como os demais órgãos constituídos limitado em sua competência pela Lei Magna.

Pode suceder, porém, que esta expressamente autorize sua reformulação total pelo Poder Constituinte instituído. Existe aí uma equiparação, que não é normal, entre o grupo constituinte e o órgão revisor. Todavia, quando isso se dá, o processo de revisão envolve normalmente a intervenção do povo, o titular do poder originário, de modo que a exceção à regra desaparece.

Claro está que, no silêncio da Constituição, deve-se interpretar vedada a sua revisão completa pelo poder instituído.

15. LIMITAÇÕES TEMPORAIS, CIRCUNSTANCIAIS E MATERIAIS

As limitações postas pelo poder originário ao instituído podem ser distribuídas por três tipos diversos: um que compreende as restrições *temporais*; outro, restrições *circunstanciais*; terceiro, vedações *materiais*.

Constituições há que só permitem sua revisão em épocas certas, espaçadas. Vedam durante certo tempo sua alteração. É o caso da Constituição francesa de 1791 (Tít. VII, art. 3º).

Outras proíbem em determinadas circunstâncias, em que é presumível estarem sob coação, ou sob violenta emoção, os membros do órgão revisor. É o caso da Constituição francesa de 1946 (art. 94), que a vedava, estando, no todo ou em parte, o território nacional ocupado por forças estrangeiras.

Enfim, muitas marcam o caráter secundário do poder instituído pondo fora do seu alcance certas matérias de importância fundamental. As Constituições brasileiras de 1891, 1934, 1946 e 1967 consideram inafastáveis a Federação e a República. A Constituição francesa de 1946 (art. 95) dela excluía a forma republicana, como também a de 1958 (art. 89).

Como se estudará mais a fundo, a Constituição brasileira em vigor fixa limitações materiais e circunstanciais, além de prever uma revisão constitucional decorridos cinco anos de sua vigência (1993), ou seja, limitações circunstanciais — proibição de emendar a Constituição durante intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio (art. 60, § 1º); limitações materiais — proibição de sequer deliberar sobre propostas tendentes a abolir 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).

É preciso notar que as limitações registradas na Constituição vigente proíbem seja *abolido* o instituto; quer dizer, eliminado, suprimido. Não veda que o seu regime (modo e condições de exercício) seja modificado, desde que — evidentemente — isto não leve a negar o seu conteúdo essencial. Numa decisão do Supremo Tribunal Federal, o Min. Sepúlveda Pertence assinala claramente: “As limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege” (ADIn 2.024-2/DF, medida liminar).

16. FORMAS DE EXPRESSÃO DO PODER DE REVISÃO

O estabelecimento do modo de exercício do Poder Constituinte instituído oferece dificuldades técnicas sérias. De fato, é preciso organizá-lo de modo tal que a estabilidade do texto constitucional seja resguardada, abrindo-se, todavia, o caminho para as remodelações necessárias.

As soluções, em Direito comparado, são por isso das mais variadas.

Quanto à iniciativa das emendas, certas Constituições a reservam ao Poder Legislativo ordinário (p. ex., Alemanha, art. 79), algumas, ao Executivo apenas (v. g., Portugal, 1933, art. 135), outras a atribuem tanto ao Legislativo quanto ao Executivo (França, 1958, art. 89), outras ao Legislativo e ao próprio povo (*iniciativa popular*) (Suíça, art. 121), e nos Estados federais pode estar aberta aos legislativos dos Estados-Membros (Estados Unidos, art. V).

Quanto à elaboração das emendas, algumas preveem (ainda que em certas hipóteses apenas) que órgão especial (convenção) se reúna para tanto (Estados Unidos, art. V). Outras a deixam ao próprio legislativo ordinário mas renovado especialmente (Noruega, art. 112; Holanda, art. 204). Enfim, a maioria a confere ao legislador ordinário, exigindo, porém, maioria qualificada para a sua aprovação. O procedimento fixado na atual Constituição brasileira segue este modelo (v., em pormenor, no capítulo sobre o *processo legislativo*).

Para que o povo, titular do Poder Constituinte, se pronuncie sobre a obra do revisor, alguns textos subordinam a adoção definitiva da emenda à ratificação popular (Suíça, art. 123). Outros condicionam à aprovação de outros órgãos (Estados Unidos, art. V, que exige a ratificação pelos Estados-Membros).

17. O ESTABELECIMENTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A “Constituinte” de 1987 foi convocada por meio da Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985, à Constituição então vigente (de 1967 com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969, e as posteriores alterações que lhe integravam o texto).

Esta Emenda Constitucional n. 26 estabeleceu no art. 1º que “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”.

Este texto é propositalmente enganoso. Falando em “Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana”, deu — e isto foi proposital em razão de motivos políticos — a ideia de que haveria manifestação do Poder Constituinte originário.

Tal não ocorreu, porém. Inexistiu a ruptura revolucionária que normalmente condiciona as manifestações do Poder Constituinte originário. Ao contrário, a *Assembleia Nacional Constituinte* veio convocada por intermédio de uma Emenda Constitucional, adotada com o exato respeito das normas que regiam a modificação da Constituição.

Na verdade, e no fundo, a Emenda n. 26 simplesmente alterou o procedimento de modificação da Constituição, a partir de 1º de fevereiro de 1987. Simplificou esse procedimento porque não reclamou, para a aprovação de normas novas, senão a maioria absoluta dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em conjunto, em dois turnos, em lugar da maioria de dois terços em cada Casa do Congresso Nacional, também em dois turnos. E eliminou, com a referência à *liberdade* e à *soberania*, as limitações ao poder de reforma referentes à abolição da República e da Federação, bem como a proibição de emendas na vigência de intervenção federal, estado de sítio e estado de emergência (art. 47, §§ 1º e 2º, da EC n. 1/69).

Verifica-se que o Brasil seguiu aqui o modelo inaugurado pela França em 1958, já anteriormente mencionado.

A ordem constitucional vigente no País é, portanto, resultado de reforma da Constituição anterior, estabelecida com restrita obediência às regras então vigentes, mas que, por resultar num texto totalmente refeito e profundamente alterado, deu origem a uma nova Constituição.

Assim, tivemos, na convocação da Assembleia Nacional Constituinte, manifestação do Poder Constituinte derivado, apenas, repita-se, libertado das limitações materiais e circunstanciais que lhe eram impostas.

Embora entrando em contradição com a doutrina do Poder Constituinte, há muitos autores que sustentam haver-se manifestado, em 1988, o Poder originário. Trata-se de uma posição política, sem

base científica, que atende, entretanto, ao objetivo de dar à nova Constituição um fundamento mais forte do que o que adviria de considerá-la uma mera revisão da Carta anterior.

Capítulo 5º

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

SUMÁRIO: 1. O critério real da distinção entre rigidez e flexibilidade constitucionais. 2. Origem americana do controle. 3. Conceito de controle de constitucionalidade. 4. Aplicabilidade e omissão no cumprimento da norma constitucional. 5. A natureza do ato inconstitucional. 6. Formas de controle: preventivo ou repressivo. 7. Formas de controle: judiciário ou político. 8. Controle judiciário difuso e concentrado. 9. Controle judiciário principal e incidental. 10. Efeitos da decisão de inconstitucionalidade. 11. Natureza da decisão de inconstitucionalidade. 12. O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro. 13. Caracteres do controle judiciário no Brasil. 14. Ação direta de inconstitucionalidade. 15. Ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental. 16. Atenuação dos efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade. 17. Ação declaratória de constitucionalidade. 18. A suspensão da eficácia por ato do Presidente da República. 19. A suspensão da eficácia por ato do Senado. 20. Desnecessidade da suspensão no caso de ação direta. 21. A ação de inconstitucionalidade por omissão. 22. Recurso extraordinário. 23. Súmula vinculante.

Leitura complementar: Clássico: Mauro Capelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*; brasileiros: Lúcio Bittencourt, *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*; Alfredo Buzaid, *Da ação direta de controle de constitucionalidade*; recente: Gilmar Mendes, *Jurisdição constitucional*; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*.

1. O CRITÉRIO REAL DA DISTINÇÃO ENTRE RIGIDEZ E FLEXIBILIDADE CONSTITUCIONAIS

A distinção entre Constituição rígida e Constituição flexível, entre Poder Constituinte originário e Poder Constituinte derivado, implica a existência de um *controle de constitucionalidade*. De fato, onde este não foi previsto pelo constituinte, não pode haver realmente rigidez constitucional ou diferença entre o Poder Constituinte originário e o derivado.

Em todo Estado onde faltar controle de constitucionalidade, a Constituição é flexível; por mais que a Constituição se queira rígida, o Poder Constituinte perdura ilimitado em mãos do legislador. Este, na verdade, poderá modificar a seu talante as regras constitucionais, se não houver órgão destinado a resguardar a superioridade destas sobre as ordinárias. Mais ainda, órgão com força bastante para fazê-lo.

Isso não quer dizer que é preciso prever expressamente a Constituição esse controle, para que ela seja de fato rígida. Basta que de seu sistema tal deflua.

2. ORIGEM AMERICANA DO CONTROLE

O controle de constitucionalidade surgiu nos Estados Unidos, sob uma Constituição que não o prevê

expressamente. Todavia, pôde Marshall, em decisão célebre, deduzir de seu sistema esse controle e reconhecer pertencer ele ao Judiciário, incumbido de aplicar a lei contenciosamente.

No caso *Marbury versus Madison*, esse juiz demonstrou que, se a Constituição americana era a base do direito e imutável por meios ordinários, as leis comuns que a contradissem não eram verdadeiramente leis, não eram direito. Assim, essas leis seriam nulas, não obrigando os particulares. Demonstrou mais que, cabendo ao Judiciário dizer o que é o direito, é a ele que compete indagar da constitucionalidade de uma lei. De fato, se duas leis entrarem em conflito, deve o juiz decidir qual aplicará. Ora, se uma lei entrar em conflito com a Constituição, é ao juiz que cabe decidir se aplicará a lei, violando a Constituição, ou, como é lógico, se aplicará a Constituição, recusando a lei.

3. CONCEITO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Controle de constitucionalidade é, pois, a *verificação da adequação de um ato jurídico* (particularmente da lei) à Constituição. Envolve a verificação tanto dos *requisitos formais* — subjetivos, como a competência do órgão que o editou — objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição — quanto dos *requisitos substanciais* — respeito aos direitos e às garantias consagrados na Constituição — de constitucionalidade do ato jurídico.

É isto o que sempre ensinou a doutrina clássica.

4. APLICABILIDADE E OMISSÃO NO CUMPRIMENTO DA NORMA CONSTITUCIONAL

Como se sabe, as normas constitucionais podem ser, quanto à sua aplicabilidade, de duas espécies: as exequíveis, ou seja, normas completas, na hipótese e na consequência, que, por isso, podem ser imediatamente exigidas; e as não (imediatamente) exequíveis, que dependem de complementação, seja por lei (pelo legislador), seja por ato ou ação administrativa (pelo Executivo). Dentre estas últimas destacam-se as normas programáticas (que prometem providências e benefícios). As normas não imediatamente exequíveis são geralmente normas incompletas, ou seja, normas a que falta algum elemento mormente no seu mandamento. É, por exemplo, o caso do mandado de injunção (Constituição, art. 5º, LXXI), em que se prevê quando ele cabe, mas não se diz o que há de decorrer dele. Entretanto, às vezes o constituinte condiciona à lei ou a um ato de complementação a exequibilidade da norma. É o que se dá quando inclui no texto fórmulas do tipo “na forma da lei”, ou a “a lei disporá”. Isto é muito comum nas transações políticas, pois deixa para o futuro — em geral para o legislador — a decisão sobre a exequibilidade da norma. Deixa-lhe, tecnicamente falando, a apreciação da oportunidade.

Hoje, a doutrina entende haver inconstitucionalidade não somente quando o ato contraria norma exequível por si só, como também quando há omissão em tomar as providências necessárias à exequibilidade de normas não exequíveis por si só. (V. sobre a aplicabilidade das normas constitucionais o cap. 40).

Para corrigir essa inação, prevê a Constituição uma ação de inconstitucionalidade por omissão, que se examinará mais adiante.

5. A NATUREZA DO ATO INCONSTITUCIONAL

O ato inconstitucional — ensina tradicionalmente a doutrina, tanto estrangeira (v. g., Marshall) quanto nacional (v. g., Rui) — é nulo e írrito. Dessa forma, ele não obriga, não sendo de se aplicar.

Ou, se aplicado, nula é essa aplicação. Assim, o efeito da declaração de nulidade retroage *ex tunc*, não sendo válidos os atos praticados sob o seu império.

No Brasil, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal repetidas vezes declarou nulo o ato inconstitucional, como o quer a doutrina clássica.

Entretanto, as Leis n. 9.868/99 e 9.882/99, a primeira regulando as ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, a segunda, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (v. adiante n. 14), vieram disciplinar entre nós os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade (v. adiante n. 15).

Quanto a esses efeitos, delas decorre que, embora de modo geral o ato inconstitucional seja nulo, e, por isso, os seus efeitos devam ser desconstituídos desde a data de sua edição (*ex tunc*), em certos casos pode o Supremo Tribunal Federal estipular que esse reconhecimento de nulidade não produzirá efeitos senão a partir de determinada data, ou para o futuro. Há nisso uma atenuação da doutrina clássica.

A tese clássica já era rejeitada por autores do peso de Kelsen (v. deste *Teoria pura do direito*, v. 2, p. 149 e s.). Ensina o grande mestre austríaco não poder existir dentro de uma ordem jurídica algo como a nulidade. As normas jurídicas podem ser anuláveis, tendo esta anulabilidade vários graus. Assim, uma norma pode ser anulada com efeitos para o futuro, permanecendo intocados os efeitos já produzidos. Ou pode ser “anulada com efeito retroativo, por forma que os efeitos jurídicos que ela deixou atrás de si sejam destruídos”.

O ato inconstitucional seria um ato anulável com efeito retroativo (*ex tunc*) para essa corrente.

É preciso observar, porém, que o direito brasileiro se está aproximando da tese kelseniana. De fato, as referidas Leis n. 9.868 e n. 9.882/99, sem renegar por completo a tese da nulidade do ato inconstitucional, admitem uma atenuação dos efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade. É o que se verá no n. 16, adiante.

6. FORMAS DE CONTROLE: PREVENTIVO OU REPRESSIVO

Não há apenas uma, mas várias formas de controle da constitucionalidade, uma vez que este controle pode ser encarado sob vários aspectos. Um destes concerne ao momento em que intervém. Distingue-se então o *controle preventivo* do *controle repressivo*. Aquele opera antes que o ato, particularmente a lei, se aperfeiçoe; este depois de perfeito o ato, de promulgada a lei. Aquele é controle *a priori*. Este, *a posteriori*.

Sem dúvida, grande vantagem haveria em impedir-se de modo absoluto a entrada em vigor de ato inconstitucional. Todavia, a experiência revela que toda tentativa de organizar um controle preventivo tem por efeito politizar o órgão incumbido de tal controle, que passa a apreciar a matéria segundo o que entende ser a conveniência pública e não segundo a sua concordância com a lei fundamental. Isso é mais grave ainda no que concerne à lei, que se considera, na democracia representativa, expressão da vontade geral, pois vem dar a um órgão normalmente de origem não popular uma influência decisiva na elaboração das leis.

O controle preventivo, entretanto, foi previsto em várias Constituições antigas, como é previsto nalgumas modernas. Exercia, por exemplo, esse controle preventivo o Senado conservador da Constituição francesa do ano VIII (1799), que deixou passar em brancas nuvens todas as alterações constitucionais reclamadas por Napoleão, evidentemente inconstitucionais. Mais recentemente, a Corte Constitucional austríaca, prevista na Constituição de 1920 (art. 138, n. 2), foi incumbida do controle

preventivo com resultado desanimador. Ainda atualmente a Constituição francesa de 1958 o atribui, no art. 61, ao Conselho Constitucional.

7. FORMAS DE CONTROLE: JUDICIÁRIO OU POLÍTICO

Quanto à natureza do órgão chamado a conhecer das questões de constitucionalidade, o controle pode ser *judiciário* ou *político*.

Pode-se dizer que há *controle político* toda vez que a verificação de constitucionalidade é confiada a órgão não pertencente ao Poder Judiciário.

A criação desse órgão funda-se principalmente na alegação de que a interpretação da Constituição deve ser reservada a órgãos com sensibilidade política, porque a Constituição, mais do que simples lei, é um plano de vida cujo sentido não permanece estático nem pode ser hieraticamente considerado. Ademais, o controle judiciário atentaria contra o princípio da separação de poderes, já que daria aos juízes o poder de anular as decisões do Legislativo e do Executivo.

Na verdade, a experiência tem mostrado que esse controle é ineficaz. De fato, esses órgãos, onde previstos, têm apreciado as questões a eles submetidas antes pelo critério da conveniência do que pelo critério de sua concordância com a Constituição. Assim, esses órgãos vêm a ser redundantes, pois se tornam outro Legislativo, ou outro órgão governamental.

O controle político é, por exemplo, o previsto hoje pela Constituição francesa (art. 56).

Há controle judiciário de constitucionalidade sempre que a verificação de concordância entre um ato e as regras constitucionais é conferida a órgão integrado no Poder Judiciário, contando com as garantias deste.

O controle judiciário tem por si a naturalidade. De fato, a verificação de constitucionalidade não é senão um caso particular de verificação de legalidade, ou seja, da verificação da concordância de um ato qualquer, como de um regulamento, à lei, tarefa que rotineiramente é desempenhada pelo Judiciário. O mesmo argumento milita em favor de que todo juiz possa exercê-lo nos casos de sua competência.

8. CONTROLE JUDICIÁRIO DIFUSO E CONCENTRADO

O controle judiciário pode ser *difuso* ou *concentrado*. Há controle difuso quando a qualquer juiz é dado apreciar a alegação de inconstitucionalidade. É o que se dá nos Estados Unidos. Este sistema se coaduna com a ideia, difundida por Marshall, de que o juiz resolve a questão de constitucionalidade como se se tratasse de um mero caso de conflito de leis, ou seja, de determinação de qual a lei aplicável a um caso concreto. Entretanto, enseja por muito tempo a dúvida sobre a constitucionalidade, visto como diversos juízes são chamados a apreciar a mesma questão constitucional e podem ter opinião divergente, o que acarretará decisões que se contradizem entre si. De qualquer forma, apenas após a manifestação do mais alto Tribunal ficará definida a questão de constitucionalidade.

É concentrado o controle toda vez que a competência para julgar a questão de constitucionalidade é reservada a um único órgão. Certas Constituições (Chile, 1925, Venezuela, 1936, Japão, 1946 etc.) reservam ao mais alto Tribunal o julgamento das impugnações de um ato do Poder Público sob a alegação de contradizerem a Lei Magna. Outras (Alemanha, 1949) reservam esse julgamento a um Tribunal especializado (Corte Constitucional).

Esta concentração num só órgão da apreciação dos problemas de constitucionalidade tem a inegável vantagem de dar uma só e última palavra sobre a validade do ato, o que não ocorre quando a sua

invalidez é declarada por órgão sujeito ao controle, por via de recurso, por parte do Tribunal mais alto.

9. CONTROLE JUDICIÁRIO PRINCIPAL E INCIDENTAL

Durante muito tempo só se admitiu que a questão de constitucionalidade de uma lei viesse a ser examinada por um juiz como *exceção*, isto é, como alegação de defesa. Exatamente isto ocorreu nos Estados Unidos, como se infere do caso *Marbury versus Madison*.

Ou seja: exigida a satisfação de obrigação imposta por lei suspeita de inconstitucionalidade, o devedor dessa obrigação, ao se defender em Juízo, alega a inexistência da obrigação, por não ser válida a lei que a fundamenta. Tal exceção é apreciada como preliminar, ou incidente da ação, pelo juiz que, após resolvê-la, julga o pedido (aplicando a lei se a entender constitucional ou aplicando a Constituição se considerar inconstitucional a lei). Essa modalidade de controle é chamada de *incidental*, pois, embora o reconhecimento da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei decorra da decisão judicial, esta não tem por objeto senão a existência ou não de uma obrigação. Tal sutileza preserva a suscetibilidade do legislador e não fere, nem na aparência, a separação de poderes, como ocorreria se o juiz julgasse a lei.

O inconveniente do controle incidental é o mesmo do controle difuso: a possibilidade de juízes apreciarem diferentemente a validade de uma lei, com a consequência de ser aplicada a uns e não a outros; a incerteza quanto ao direito até a decisão final do Tribunal mais alto, ou especializado.

Para evitá-lo, a imaginação dos juristas passou a procurar caminhos outros, ainda que arranhando a separação de poderes. Isto se deu nos próprios Estados Unidos, onde se admite que a questão da inconstitucionalidade seja trazida aos tribunais por meio de ação declaratória e até de injunção (*injunction*, ordem, emanada de um tribunal, de que se faça ou não se faça alguma coisa).

Hoje tende a generalizar-se a chamada *ação direta*, na qual o objeto da lide é a inconstitucionalidade. Tal ação é proposta perante o Tribunal especializado ou o Tribunal Supremo e nela se aprecia de uma vez essa questão, eliminando o período de incerteza que o sistema tradicional acarretava. Este controle por ação direta é dito *controle principal*.

10. EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Convém observar que o controle incidental tem efeito apenas para as partes litigantes. A decisão que afasta o ato inconstitucional não beneficia a quem não for parte na demanda em que se reconhecer a inconstitucionalidade. É o chamado *efeito particular*, ou *inter partes*.

O controle principal tem efeito geral, *erga omnes*, eliminando para o futuro e de vez qualquer possibilidade de aplicação do ato reconhecido como inconstitucional.

11. NATUREZA DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Esta questão é correlativa à da natureza do ato inconstitucional.

Para a doutrina clássica, que provém de Marshall, sendo nulo o ato inconstitucional, a decisão que tal reconhece é *declaratória*.

Para a doutrina kelseniana, sendo anulável *ex tunc* o ato inconstitucional, a decisão que tal reconhece o desconstitui, o desfaz. Tem caráter *desconstitutivo*, ou, como alguns preferem, constitutivo-negativo.

12. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Na Constituição vigente, tanto se estabelece controle preventivo como controle repressivo.

O primeiro é atribuído ao Presidente da República, que o exerce por intermédio do veto. Com efeito, o art. 66, § 1º, autoriza o Presidente a vetar o projeto de lei que lhe parecer inconstitucional. Esse veto, contudo, pode ser superado pelo Congresso Nacional (art. 66, § 4º). Esta deliberação do Congresso não exclui a possibilidade de a questão ser examinada pelo Judiciário e por este ser reconhecida a inconstitucionalidade.

O controle repressivo é confiado ao Judiciário.

13. CARACTERES DO CONTROLE JUDICIÁRIO NO BRASIL

É, em princípio, de caráter difuso o controle judiciário no Brasil. Perante qualquer juiz pode ser levantada a alegação de inconstitucionalidade e qualquer magistrado pode reconhecer essa inconstitucionalidade e em consequência deixar de aplicar o ato inquinado. Trata-se, pois, de controle incidental, de efeito *inter partes*.

Observe-se que, se todo juiz pode reconhecer a inconstitucionalidade, os tribunais só o podem fazer pela maioria absoluta de seus membros (art. 97).

Prevê a Constituição, porém, o controle por ação direta, inclusive da inconstitucionalidade “por omissão”, adiante estudada (neste Cap., n. 21, e Cap. 33, n. 22).

14. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Desde a Emenda n. 16/65 à Constituição de 1946 existe no direito brasileiro uma ação visando a declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo federal ou estadual. É a chamada ação direta de inconstitucionalidade hoje prevista no art. 102, I, *a*, da Constituição em vigor. Esta ação visa à decretação da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Trata-se, aqui, de controle principal, que exerce exclusivamente o Supremo Tribunal Federal (controle concentrado) em ação que era proposta pelo Procurador-Geral da República privativamente, no direito anterior, mas que hoje também o pode ser pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados, pela Mesa da Assembleia Legislativa, ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, por Governador de Estado, ou do Distrito Federal, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por partido político com representação no Congresso Nacional e por confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A Lei n. 9.868/99 veio regular o processo dessa ação, bem como os efeitos da decisão que nela for tomada. Deu-lhe expressamente efeito vinculante e eficácia *erga omnes* e permitiu, em certos casos, que somente produza efeito a declaração de nulidade a partir de determinado momento (v. adiante n. 16).

15. AÇÃO DE ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

O art. 102, § 1º, da Constituição previu essa ação, que foi regulamentada pela Lei n. 9.882/99. Trata-se de uma ação por meio da qual a decisão sobre a inconstitucionalidade ou não de atos federais,

estaduais e municipais impugnados perante juízes e tribunais pode ser avocada pelo Supremo Tribunal Federal. Quer dizer, será sustado o andamento da ação em que essa inconstitucionalidade está em discussão — e outras que tratem da mesma questão —, até que essa Corte decida a questão. E a orientação, pró ou contra a constitucionalidade, prevalecerá para todas as demandas que a envolverem.

Ou seja, a decisão nessa arguição terá eficácia *erga omnes*, de modo que se imporá a todas as ações colhidas pela arguição, e efeito vinculante, ou seja, será obrigatória para o futuro para todos os órgãos judicantes e administrativos.

Tal qual sucede com o reconhecimento da inconstitucionalidade nas ações diretas, os efeitos dessa inconstitucionalidade poderão, nas mesmas condições, ser restringidos ou ser fixada a data de sua incidência, por decisão de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal.

Aponte-se ainda que tal arguição poderá ser proposta pelos legitimados para as ações diretas de inconstitucionalidade.

16. ATENUAÇÃO DOS EFEITOS DO RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE

As citadas Leis n. 9.868/99 e 9.882/99 inovam quanto a esse ponto, como já se comentou.

Insista-se, porém. Para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (anterior a essas leis) e para a doutrina clássica o ato inconstitucional é nulo e de nenhum efeito. Em consequência, o reconhecimento da inconstitucionalidade deve operar retroativamente, *ex tunc*, devendo-se desfazer todos os efeitos já produzidos pelo ato inconstitucional desde o momento de sua edição.

Tais leis, contudo, admitem que, excepcionalmente, por razões de segurança jurídica ou de relevante interesse social, sejam restringidos os efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade, ou fixado o momento em que esse reconhecimento passará ou passou a ter efeitos. Isso reclamará, todavia, o voto de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal. Daí decorre — o que logicamente é uma contradição — ser o ato inconstitucional nulo, mas poder ter efeitos válidos até determinado instante.

17. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

A Emenda n. 3/93 introduziu no direito pátrio essa novidade que é a ação (direta) declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Com isto pretende-se dar a possibilidade de que, de pronto, o Supremo Tribunal Federal declare ser adequada à Constituição (= constitu-cional) lei ou ato normativo federal.

Justifica-se esta criação pelo fato de que às vezes por longo tempo persistia a dúvida sobre a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal, não tendo havido o julgamento final de arguição de inconstitucionalidade da mesma perante os tribunais e juízos inferiores. Por força da inovação, o Supremo Tribunal Federal, que antes só poderia ser chamado, por via direta, a manifestar-se sobre a inconstitucionalidade de uma lei, pode agora ser provocado para declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Veja-se que, ao contrário do que ocorre com a ação de inconstitucionalidade, esta não cabe quanto a atos normativos estaduais (muito menos municipais).

Hoje, por força da Emenda Constitucional n. 45/2004, têm legitimidade para propor a ação declaratória de constitucionalidade todos os que a possuem para mover a ação direta de

inconstitucionalidade.

Por outro lado, a decisão definitiva de mérito que declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal tem eficácia contra todos e efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário. Trata-se de uma inovação no nosso direito. Em razão dela, todos os tribunais e juízos terão obrigatoriamente de considerar constitucional a norma assim declarada nesta ação de constitucionalidade, independentemente do juízo pessoal de cada magistrado. E isto em qualquer demanda, mesmo, evidentemente, entre pessoas que não intervieram na ação declaratória.

Também quanto a essa ação, a Lei n. 9.868/99 veio regular o processo, bem como os efeitos da decisão (v. *retro*, n. 16).

18. A SUSPENSÃO DA EFICÁCIA POR ATO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

No caso de declaração de inconstitucionalidade de ato estadual, postulada como pressuposto de intervenção federal, a procedência da ação importa em conferir ao Presidente da República o poder de decretá-la. Entretanto, este poderá apenas suspender a eficácia do ato impugnado, não decretando, pois, a intervenção se isto bastar para restabelecer a normalidade da ordem jurídica (art. 36, § 3º).

19. A SUSPENSÃO DA EFICÁCIA POR ATO DO SENADO

Nas hipóteses de controle difuso, a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal é por este comunicada ao Senado Federal. Cabe, então, a esta Câmara suspender a execução do ato, o que significa suspender-lhe a eficácia.

Note-se que essa suspensão não é posta ao critério do Senado, mas lhe é imposta como obrigatória. Quer dizer, o Senado, à vista da decisão do Supremo Tribunal Federal, tem de efetuar a suspensão da execução do ato inconstitucional. Do contrário, o Senado teria o poder de convalidar ato inconstitucional, mantendo-o eficaz, o que repugna ao nosso sistema jurídico.

20. DESNECESSIDADE DA SUSPENSÃO NO CASO DE AÇÃO DIRETA

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende desnecessária a suspensão da eficácia quando a inconstitucionalidade foi reconhecida em decorrência de ação direta. O efeito desta decretação, portanto, além de *erga omnes*, é imediato.

21. A AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Criou o legislador constituinte a figura da inconstitucionalidade por omissão. Trata-se de novidade inspirada na Constituição portuguesa de 1976 (art. 283, na revisão de 1982).

A inconstitucionalidade por omissão se configuraria no momento em que se deixa de cumprir qualquer de suas disposições, ao passo que a inconstitucionalidade por ação se dá quando se atua contra as disposições constitucionais.

Determina a norma constitucional (§ 2º do art. 103) que após a declaração de inconstitucionalidade por omissão o órgão competente para saná-la deverá ser comunicado. Em se tratando de medida de natureza administrativa, a decisão determinará o prazo de trinta dias para que sejam tomadas as

medidas cabíveis.

A inconstitucionalidade por omissão será declarada em ação direta, restrita a sua propositura às autoridades e entidades elencadas no art. 103 da Constituição Federal: Presidente da República; Mesas do Senado, da Câmara e da Assembleia Legislativa; Governador de Estado; Procurador-Geral da República; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional e também o Governador do Distrito Federal e a respectiva Câmara Legislativa.

O problema da inconstitucionalidade por omissão, semelhantemente ao do mandado de injunção, liga-se ao tema da aplicabilidade das normas, melhor dizendo, à existência de normas constitucionais “autoexecutáveis” e de normas constitucionais “não autoexecutáveis”.

A omissão obviamente se dará com relação às normas “não autoexecutáveis”, aquelas que não podem ser de pronto aplicadas por serem incompletas, no sentido de lhes faltar a especificação do como, do quando suas prescrições são obrigatórias. São, em regra, normas “programáticas” que exprimem “promessas” do constituinte, as quais cabe ao Legislativo regular.

Tais normas programáticas, como toda norma não autoexecutável, fixam parâmetros dentro dos quais o legislador há de definir um corpo coerente de regras obrigatórias, estabelecendo assim um conteúdo prescritivo, que falta aos programas. Igualmente, salvo a hipótese de fixarem prazo para essa definição, sempre deixam ao legislador ordinário a escolha do momento em que a promessa se torna prescrição, dela decorrendo direitos e obrigações exigíveis.

Assim, em face de possuir a discricção quanto ao momento e o modo de tornar juridicamente impositiva a promessa (a norma programática), o legislador ordinário não descumpra a Constituição, porque retarda, se omite, na regulamentação de preceito não autoexecutável da Lei Suprema. Ao contrário, essa omissão se coaduna com o cumprimento da Constituição, porque esta — reitera-se — deixou ao legislador a escolha do momento (bem como do modo) de execução da norma programática.

Assim, com relação à edição de normas pelo Poder Legislativo, a declaração configurará tão somente uma constatação da omissão, mesmo porque a independência dos poderes ficaria comprometida se o Poder Judiciário pudesse ou suprir a omissão do Poder Legislativo ou obrigá-lo a editar leis.

Quanto a medidas a serem tomadas por órgãos administrativos, a ação permite, como já se disse, que o Supremo Tribunal Federal assine prazo de trinta dias para a tomada da providência cabível.

Esta ação foi agora regulamentada pela Lei n. 12.063/2009. Prevê esse diploma, no art. 12-F, seja editada medida cautelar em tais ações, desde que adotada pela maioria absoluta do Tribunal, “em caso de excepcional urgência da matéria”. No § 1º desse artigo, admite que tal cautelar consista em providências que especifica, “ou ainda em outra providência”, não especificada, que adote o Tribunal. Não será surpreendente que essa “providência” venha a ser uma legislação provisória.

22. RECURSO EXTRAORDINÁRIO

É por meio deste recurso que as questões constitucionais suscitadas no controle difuso chegam ao Supremo Tribunal Federal. Segundo o art. 102, III, da Constituição, este recurso cabe quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Lei Magna federal, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal, ou julgar válida lei local (estadual) em face de lei federal. Portanto, todas as hipóteses concernem à prevalência da Constituição, incluída a última, porque a validade de lei estadual em relação à lei

federal há de ser aferida de acordo com a repartição de competências que a Lei Magna federal estabelece.

Entretanto, foi acrescentado pela Emenda n. 45/2004 o § 3º ao art. 102 da Constituição, que restringe este recurso. Conforme este parágrafo, o recurso somente será conhecido pelo Supremo Tribunal Federal se for demonstrada a *repercussão geral* das questões constitucionais discutidas no caso. Tal demonstração veio a ser regulada pela Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006.

De acordo com esta, para que o recurso seja admitido é necessário que haja “questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”. Esta repercussão geral será presumida se a decisão recorrida contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal.

Claro está que a restrição visa a evitar que o Tribunal seja assediado por questões constitucionais de menor interesse. Entretanto, daí resulta que, eventualmente, violações da Constituição ficarão sem reparo, por não terem “repercussão geral”. Isto evidentemente fragiliza a supremacia da Constituição, ainda que seja um expediente útil para que a nossa Suprema Corte não seja “afogada” pelo trabalho. É interessante indicar que a decisão sobre a repercussão geral é tomada pelos ministros votando em ambiente da rede de informática interna do Tribunal. Trata-se, pois, de uma decisão “eletrônica”.

A restrição agora prevista lembra a “arguição de relevância” que condicionava o recurso extraordinário nos termos da Emenda Constitucional n. 7/1977 à Constituição anterior, cujo alcance e razão de ser era equivalente.

23. SÚMULA VINCULANTE

A Emenda Constitucional n. 45/2004 introduziu na Constituição uma inovação, qual seja a *súmula vinculante* (art. 103-A).

Esta súmula é um enunciado que deve explicitar o entendimento (a jurisprudência) do Supremo Tribunal Federal sobre questão de matéria constitucional, definindo “a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas”, ou seja, a sua interpretação, nisto incluído o juízo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Tal enunciado somente poderá ser editado depois de reiteradas decisões sobre a questão.

O seu objetivo é eliminar grave insegurança e relevante multiplicação de litígios sobre o assunto, pondo termo a controvérsia entre órgãos judiciários ou entre estes e a administração pública.

Ela será editada pelo Supremo Tribunal Federal por meio de decisão de dois terços de seus membros. Ao mesmo Tribunal caberá sua revisão ou cancelamento, mas poderão os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade solicitar desse Tribunal também a sua “aprovação, revisão ou cancelamento”.

Tal súmula terá “efeito vinculante” em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à administração pública, direta, ou indireta, de qualquer esfera. O seu descumprimento enseja “reclamação” ao Supremo Tribunal Federal, que poderá cassar a decisão reclamada ou anular o ato administrativo praticado.

Esta súmula foi regulada pela Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006.

A finalidade da súmula é eliminar a multiplicação de demandas que, no controle difuso, são suscitadas por controvérsia acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma determinada norma. Ela evidentemente força os tribunais e juízes a seguirem a linha fixada pelo Supremo Tribunal Federal, o que evitará a interposição de recursos para este. Com isto, espera-se

aliviar a carga que pesa sobre o referido Tribunal.

Há o risco, porém, de que a súmula “engesse” a jurisprudência, impedindo-a de evoluir em face de novas circunstâncias ou novos argumentos.

Parte II

A FORMA DO ESTADO

SUMÁRIO: 1. Plano desta Parte.

1. PLANO DESTA PARTE

O Direito Constitucional pressupõe conhecida a noção de *Estado*, que toma já pronta da Teoria do Estado. Na verdade, o Direito Constitucional é a análise sistemática da organização jurídica do Estado.

Didaticamente, contudo, não dispensa um curso de Direito Constitucional que se recorde o que é o Estado e quais os seus elementos, seus tipos e outras noções pertinentes. Este é o objeto do Capítulo 6º, no qual se repassam *noções gerais* sobre o Estado.

Outrossim, antes de entrar na análise sistemática da organização jurídica do Estado no Brasil, é também didaticamente conveniente que se recordem os principais traços do Estado brasileiro *em específico*. Este é o objeto dos Capítulos 7º e 8º, que complementam esta Parte.

Capítulo 6º

O ESTADO E SEUS TIPOS

SUMÁRIO: 1. Conceito e elementos do Estado. 2. A soberania. 3. A ordem internacional. 4. Centralização e descentralização. 5. Tipos de Estado: Estado unitário. 6. Estado unitário descentralizado. 7. Estado constitucionalmente descentralizado. 8. Tipos de Estado: Estado federal. 9. A repartição de competências no Estado federal. 10. A repartição de rendas no Estado federal. 11. A formação do Estado federal. 12. Tipos de federalismo. 13. Natureza dos componentes do Estado federal.

LEITURA COMPLEMENTAR: Hans Kelsen, *Teoria geral do Estado*; Ives Gandra e outros, *O Estado do futuro*; Fernanda Dias Menezes de Almeida, *Competências na Constituição de 1988*.

1. CONCEITO E ELEMENTOS DO ESTADO

Segundo ensina a doutrina tradicional, o Estado é uma associação humana (*povo*), radicada em base espacial (*território*), que vive sob o comando de uma autoridade (*poder*) não sujeita a qualquer outra (*soberana*).

Mais sutil é a lição de Kelsen (v. *Teoria pura do direito*), ao mostrar que o Estado e seus elementos — *povo, território e poder* — só podem ser caracterizados juridicamente.

De fato, a coletividade que é o *povo* decorre de critérios que são fixados pela ordem jurídica estatal. É ela formada por quem o direito estatal reconhece como integrante da dimensão pessoal do Estado. Pertence, pois, ao povo quem o direito do Estado assim declara (daí, p. ex., o fenômeno da dupla nacionalidade, que ocorre quando dois Estados dizem que o mesmo indivíduo faz parte de seu povo). Por isso, com Kelsen se deve dizer que *povo* é o conjunto de todos aqueles para os quais vigora uma ordem jurídica. Ou seja, para os quais, especificamente, existe essa ordem jurídica (já que nenhuma ordem jurídica estatal pode existir para reger, apenas, aqueles que ela considera estrangeiros).

Território, a seu turno, é o domínio espacial de vigência de uma ordem jurídica estatal. É também por ela definido, tanto no tocante às terras como às águas, tanto no concernente às profundezas quanto às alturas. Não há dúvida que, na delimitação do território, intervêm princípios de Direito Internacional. Estes, porém, enquanto se considerar soberano o Estado (v. adiante), dependem da aceitação dos Estados para aplicar-se.

Poder, enfim. Este se traduz no cumprimento das normas estatais. Só existe poder quando tem ele efetividade ou eficácia, quando globalmente os seus comandos são obedecidos.

É por isso que, segundo a doutrina kelseniana, os três elementos do Estado não passam da vigência (poder) e do domínio pessoal (povo) e territorial (território) de vigência de uma ordem jurídica. Assim, o Estado coincide com a ordem jurídica. Consiste numa ordem coercitiva da conduta humana mas com o caráter de organização. Isto é, instituindo órgãos que funcionam segundo o princípio da divisão do trabalho para a criação e a aplicação de normas, apresentando um certo grau de centralização, que distingue de outras ordens jurídicas onde as normas se produziam consuetudinariamente.

Por outro lado, essa ordem que é o Estado não está subordinada a outra ordem estatal. É ela *soberana*.

Em resumo, é o Estado uma ordem jurídica relativamente centralizada, limitada no seu domínio espacial e temporal de vigência, soberana e globalmente eficaz.

2. A SOBERANIA

Depreende-se dos conceitos expostos que o Estado apenas é verdadeiramente Estado quando o poder que o dirige é soberano.

É incontestável que hoje quando se fala em Estado vem à mente a ideia de uma ordem estatal não submetida a outra ordem da mesma espécie. E essa ausência de subordinação é em última análise a soberania. Traço hoje reputado imprescindível ao Estado.

Evidentemente isso não quer dizer que, sob o aspecto moral, não estejam as regras positivas subordinadas a outras normas nem que a organização estatal não possa subordinar-se a normas resultantes de seu acordo com outra organização da mesma natureza, ou resultantes do longo uso nas relações interestatais.

Nem quer dizer que a soberania seja requisito essencial de toda e qualquer organização política. Já houve no passado organizações políticas que regiam, no âmbito de um território, um povo, mas cujo comando reconhecia subordinação a outra autoridade. Foi essa a situação, por exemplo, na Idade Média, quando reinos e senhorios aceitavam a subordinação ao Império ou ao Papado. Tais autoridades não se punham como as mais altas (no superlativo), ou seja, como soberanas (pois soberano, do latim *soberanus*, é o superlativo de *super*). É certo que se afirmavam mais altas (no

comparativo) em relação às demais autoridades que se inscreviam no seu âmbito de poder.

Deve-se assinalar que o Estado, no sentido estrito da palavra, surge na História no exato momento em que certos monarcas, como os franceses, se afirmaram detentores do mais alto poder, recusando sujeição quer ao Papado, quer ao Império.

Costuma-se opor, na teoria do Estado, soberania a autonomia. Nessa contraposição, entende-se que *soberania* é o caráter supremo de um poder: supremo, visto que esse poder não admite qualquer outro, nem acima, nem em concorrência com ele. Já *autonomia* é o poder de autodeterminação, exercitável de modo independente, mas dentro de limites traçados por lei estatal superior.

Na clara lição de Sampaio Dória: “O poder que dita, o poder supremo, aquele acima do qual não haja outro, é a soberania. Só esta determina a si mesma os limites de sua competência. A autonomia, não. A autonomia atua dentro de limites que a soberania lhe tenha prescrito” (Antônio de Sampaio Dória, *Direito constitucional*, 3. ed., São Paulo, Ed. Nacional, 1953, t. 2, p. 7).

3. A ORDEM INTERNACIONAL

É notório o fato de existir, hoje, uma forte tendência a sujeitar os Estados a uma autoridade, ou se se quiser, a uma ordem internacional.

Essa tendência integradora tem hoje uma força e uma amplitude que nunca se manifestou antes na História. Sem dúvida, o primeiro impulso que nela se faz presente é a velha necessidade de segurança que sempre através dos tempos levou os Estados a aliarem-se uns aos outros. A unificação do globo produzida pelo progresso dos meios de comunicação, o sentimento de interdependência resultante do intercâmbio econômico, a aproximação das culturas, o reconhecimento da igualdade da natureza humana etc., tudo isso contribui para a integração internacional. Não chegou esta, porém, a firmar o princípio da supremacia da ordem internacional em outra base que não a da voluntária submissão dos Estados.

A referida tendência levou ao estabelecimento, primeiro, da Liga das Nações, depois, da Organização das Nações Unidas (ONU). Entretanto, os Estados que a esta se vinculam não abandonam a sua soberania. Isto é bem claro quando se considera que podem dela retirar-se, a qualquer momento, para não cumprir as suas determinações. Estas, portanto, não se impõem aos Estados como vontade de um poder a eles superior. A sua eficácia está condicionada ao assentimento dos próprios Estados aos quais se dirigem.

Sua natureza, pois, não é muito diversa da das Confederações de Estados de que são tantos os exemplos históricos. Estas eram também ordens jurídicas que subordinavam os Estados enquanto estes a elas aderissem. Eram ordens internacionais, mas de domínio limitado intencionalmente. A diferença está, assim, no domínio pretendido, já que de fato a ordem que exprime a ONU não abrange atualmente todos os Estados.

Na verdade, as Confederações históricas representaram um estágio transitório na formação de novos Estados a partir de antigos Estados soberanos, sempre que um mínimo de cultura e de interesse comuns estavam à sua base. É possível supor, assim, que da ONU resulte a longo prazo o Estado mundial.

4. CENTRALIZAÇÃO E DESCENTRALIZAÇÃO

Em todo e qualquer Estado, o poder é relativamente centralizado. Com isso se quer dizer que, numa medida maior ou menor, a criação do Direito, seja o estabelecimento das normas gerais, seja o de

normas individuais, é reservada ao órgão central, ao “governo”.

Se não há Estado sem relativa centralização, correlativamente não existe Estado sem um certo grau de descentralização. Na realidade, o grau mínimo de descentralização é aquele em que somente a criação de normas individuais é conferida a órgãos subordinados e periféricos (descentralização “administrativa”).

Grau maior apresenta o Estado em que também a criação de normas gerais — de interesse local ou particular — normalmente é atribuída a órgãos periféricos, com ou sem domínio espacial determinado (descentralização “legislativa”). Quando a descentralização legislativa e a administrativa se combinam com a escolha dos membros dos órgãos periféricos por fração especialmente determinada do povo, existe a descentralização “política”.

A descentralização — note-se — é instrumento de eficiência governamental. Em geral, a centralização retarda as decisões que sobrevêm a destempo, atrasadas. E não raro leva a decisões inadequadas. De fato, a centralização tende a distanciar a vivência do problema da competência para decidi-lo, ou do poder para enfrentá-lo.

Mas a descentralização é também uma fórmula de limitação do poder. É geradora de um sistema de freios e contrapesos propício à liberdade. Com efeito, diminui a probabilidade de opressão, dividindo o exercício do poder por muitos e diferentes órgãos. E também por aproximar os governantes dos governados, o que facilita a influência destes no processo de tomada de decisões.

5. TIPOS DE ESTADO: ESTADO UNITÁRIO

Em função da descentralização, distinguem-se tipos (ou formas) de Estado.

Um é o Estado *unitário*. Existe este sempre que a descentralização nele existente (administrativa, legislativa e/ou política) está à mercê do Poder Central. Este, por decisão sua (em geral por forma de lei), pode suprimir essa descentralização, ampliá-la, restringi-la etc.

Assim, a autonomia de eventual ente descentralizado não tem qualquer garantia contra a vontade do governo, em geral contra a vontade do legislador.

6. ESTADO UNITÁRIO DESCENTRALIZADO

A existência de descentralização — sublinhe-se — não basta para que o Estado unitário seja dito descentralizado. (Como se viu, todo Estado é relativamente descentralizado.) Chama-se de *Estado unitário descentralizado* uma modalidade de Estado unitário, aquela em que existe descentralização política. É o caso do Brasil no Império.

7. ESTADO CONSTITUCIONALMENTE DESCENTRALIZADO

Revela o Direito comparado a tendência de inscrever a descentralização política no próprio texto constitucional. É o que ocorre na Itália, sob a Constituição vigente. Surgem, com isto, *Estados unitários constitucionalmente descentralizados*. Nestes, o Poder Central não tem à sua mercê a existência e amplitude da descentralização. Ou, diga-se melhor, o *poder constituído central* não a tem à sua mercê, pois ela depende do *Poder Constituinte central*. Este é que a pode suprimir ou alterar pelo modo por que se altera a Constituição.

Muitos chamam estes Estados de *Estados regionais*.

É o caso da Itália e da Espanha.

Vale sublinhar que essas *regiões* podem ser suprimidas por reforma constitucional e não possuem elas um poder constituinte, já que sua organização é sempre aprovada por lei nacional.

Neste caso, a autonomia do ente descentralizado — a “região” — tem uma garantia e um campo mínimo de abrangência definidos pela Constituição.

8. TIPOS DE ESTADO: ESTADO FEDERAL

Tais Estados unitários constitucionalmente descentralizados tendem a confundir-se com os *Estados federais*.

A doutrina costumava fixar o critério de distinção entre o Estado unitário descentralizado e o Estado federal exatamente em ser, neste, a descentralização decorrente da Constituição. O Estado federal seria, para Durand, o Estado constitucionalmente descentralizado.

Dessa nova situação resulta a dificuldade de fixar a linha separadora entre a descentralização e o federalismo, separação essa que para muitos é arbitrária e artificial.

Tentando mantê-la, vale lembrar que, nos Estados federais, a estrutura federativa é posta como *intocável* (como está na Constituição brasileira, art. 60, § 4º, I). Neles, sempre se dá a *participação* dos Estados-Membros no Poder Central por meio de uma Câmara que os representa (o Senado). Enfim, aos Estados-Membros se reconhece a *auto-organização* por um poder constituinte próprio. Nesses dois últimos pontos está o cerne da *autonomia* dos Estados-Membros da Federação.

Convém notar, porém, que esses critérios são frágeis. Ainda mais o segundo, já que, hoje, na maioria dos Estados federais, os senadores estão presos a partidos e não propriamente aos Estados em que se elegem. Quanto ao terceiro, o âmbito dessa auto-organização pode ser extremamente limitado e de vários modos condicionado, a ponto de se reduzir, na realidade, a quase nada, como ocorre no Brasil atual.

9. A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NO ESTADO FEDERAL

A autonomia pressupõe uma divisão de competências. O poder de dispor obrigatoriamente (a competência) é partilhado entre a União (o Poder Central) e os Estados (o poder regional). Excepcionalmente com poderes locais — Municípios.

Essa partilha dá-se por duas técnicas principais: uma, a da *reserva* de matérias à União ou aos Estados, daí *competências reservadas* ou *exclusivas* da União ou dos Estados. Neste caso, somente quem recebeu a competência pode dispor sobre a matéria, com exclusão de qualquer outro. Daí, por exemplo, o poder constituído da União não poder invadir a esfera de competência dos Estados, sob pena de inconstitucionalidade. Esta técnica é chamada de *repartição horizontal*, porque separa competências como se separasse setores no horizonte governamental.

Por vezes, a mesma matéria é deixada ao alcance de um (União) ou de outro (Estados — Distrito Federal). Fala-se então em *competência concorrente*. De acordo com a Constituição em vigor (art. 24, § 1º), nesse campo cabe à União apenas estabelecer as normas gerais. Consequentemente cabe aos Estados (ou ao Distrito Federal) complementar essas normas gerais, adaptando-se às peculiaridades locais (art. 24, § 2º). Se, todavia, inexitem as normas gerais editadas pela União, pode o Estado, exercendo a chamada *competência supletiva*, estabelecer as próprias normas gerais (art. 24, § 3º), as quais perderão eficácia quando vier a ser editada a lei federal de normas gerais (art. 24, § 4º).

Esta técnica de repartição de competências é chamada de *vertical* porque separa em níveis diferentes o poder de dispor sobre determinada matéria. Isto, na verdade, favorece a coordenação no tratamento de uma questão por parte de diversos entes federativos.

10. A REPARTIÇÃO DE RENDAS NO ESTADO FEDERAL

A existência real da autonomia depende da previsão de recursos, suficientes e não sujeitos a condições, para que os Estados possam desempenhar suas atribuições. Claro que tais recursos não de ser correlativos à extensão dessas atribuições. Se insuficientes ou sujeitos a condições, a autonomia dos Estados-Membros só existirá no papel em que estiver escrita a Constituição. Daí o chamado problema da *repartição de rendas*.

A técnica para isto preferível corresponde à divisão horizontal de competências. Consiste em reservar certa matéria tributável a um poder (União ou Estado-Membro) que dela auferir recursos exclusivos.

Disto decorre que, na sua matéria tributável, um poder não sofre ingerência de outro (o que reforça a sua recíproca independência). E especificamente beneficia a autonomia estadual sujeita ao expansionismo do Poder Central.

Tal técnica, porém, apresenta como inconveniente o fato óbvio de que a diferença de condições econômicas entre regiões de um mesmo todo faz com que a mesma matéria tributável seja rendosa para um Estado e não o seja para outro. Com efeito, um imposto sobre produção agrícola, por exemplo, não renderá num Estado industrializado e assim por diante.

Por isso, modernamente, tem-se acrescentado a essa repartição horizontal um sistema de redistribuição análogo à divisão vertical. Ou seja, prevê-se que do produto dos tributos uma parcela seja redistribuída a poder outro que não o que recebeu o poder de dispor sobre aquela matéria tributável. Isto diretamente, ou por meio de um sistema de fundos. Esta solução, na prática, atenua as desigualdades entre os Estados, mas frequentemente os sujeita a condicionamentos ou pressões por parte da União.

11. A FORMAÇÃO DO ESTADO FEDERAL

É preciso não olvidar que, historicamente, a formação dos Estados federais tem resultado de dois processos diversos.

Em casos como o dos Estados Unidos, da Alemanha, da Suíça, o Estado federal resultou de uma agregação (*federalismo por agregação*) de Estados que a ele preexistiam. O Estado federal veio superpor-se a tais Estados. Noutros, como no Brasil, o Estado unitário, em obediência a imperativos políticos (salvaguarda das liberdades) e de eficiência, descentralizou-se a ponto de gerar Estados que a ele foram “subpostos” (*federalismo por segregação*).

O resultado jurídico desses processos é o mesmo: a estrutura descentralizada, dita federativa, cujos traços acima se descreveram. Mas cumpre reconhecer que os Estados em que a Federação resultou de uma agregação resistem melhor à universal tendência para a centralização que hoje se registra, motivada especialmente pela intervenção no domínio econômico (desenvolvida o mais das vezes pela União).

12. TIPOS DE FEDERALISMO

Essa tendência, inclusive, levou a cabo profundas transformações no tipo ideal do Estado federal.

Nos séculos XVIII e XIX, concebia-se o federalismo como *dualista*. O ideal era separar duas esferas estanques, a da União de um lado, a do Estado-Membro de outro. Daí a repartição horizontal de competências, a previsão de tributos exclusivos.

Depois da Primeira Guerra Mundial, concebe-se o federalismo como *cooperativo*. O ideal é coordenar as duas esferas, sob evidentemente a batuta da União. Daí a repartição vertical, os tributos partilhados, reflexo de uma repartição vertical de competências.

Chegou-se, sob a Constituição anterior, a falar em federalismo de integração. Federalismo este que acentuaria os traços do cooperativo, mas tendendo a uma sujeição do Estado-Membro à União. Na verdade, seria ele um passo no sentido da substituição do Estado federal por um Estado unitário descentralizado, orientação política que hoje conta com adeptos na alta Administração Pública.

13. NATUREZA DOS COMPONENTES DO ESTADO FEDERAL

Serão, todavia, os componentes de um Estado federal verdadeiramente Estados, Estados-Membros ou Estados federados, como se usa dizer?

Os Estados-Membros não são Estados na medida em que se considerar a soberania elemento indispensável ao Estado. De fato, o Estado-Membro está subordinado ao Estado federal, visto este como um todo. Quer dizer, a existência e a organização do Estado-Membro estão sujeitas às normas da Constituição do Estado federal. Ou, na linguagem kelseniana, a ordem parcial do Estado-Membro se subordina à ordem total do Estado federal.

Afora isso, os Estados-Membros partilham os caracteres do Estado. Há um povo, um território e um poder do Estado-Membro que são próprios a ele. É verdade que esse povo, esse território e esse poder se integram na estrutura do Estado total, o Estado federal.

O Estado-Membro goza de *autonomia*. Quer dizer, é livre no campo a ele deixado pela Constituição do Estado federal. Este, o Estado total, na sua *soberania*, fixa a organização do todo e ao fazê-lo cria um campo aberto para os Estados federados. Tal campo, como já se viu, tem um espaço mínimo: auto-organização, descentralização legislativa, administrativa e política.

Observe-se que os Estados-Membros de um Estado federal podem ser a seu turno Estados federais ou Estados descentralizados (inclusive Estados constitucionalmente descentralizados). De fato, a Constituição do todo pode determinar que as Constituições dos Estados adotem a descentralização, o que importa em determinar a autonomia de entes intraestaduais.

Na URSS, havia Estados-Membros que eram, por sua vez, Estados federais, como a República Federativa Russa. No Brasil, os Estados-Membros são constitucionalmente descentralizados em Municípios.

Capítulo 7º

O ESTADO BRASILEIRO

SUMÁRIO: 1. Origem e evolução do federalismo no Brasil. 2. A tríplice estrutura do Estado brasileiro. 3. Aspectos unitários e societários. 4. A repartição de competências. 5. A repartição de competência legislativa. 6. A repartição de competência

administrativa. 7. A divisão de rendas. 8. As quotas de participação. 9. A intervenção federal. 10. A decretação da intervenção. 11. A manifestação do Congresso.

Leitura complementar: Raul Machado Horta, *Evolução política da Federação*; José Alfredo Baracho, *Teoria geral do federalismo*; meu artigo O Estado Federal brasileiro à luz da Constituição de 1988, *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 86, p. 116 e s., 1991.

1. ORIGEM E EVOLUÇÃO DO FEDERALISMO NO BRASIL

O ideal federativo é no Brasil tão antigo quanto a reivindicação de independência. Obtida esta, já na Constituinte de 1823, houve quem postulasse a implantação de uma estrutura federativa, mais condizente com a diversidade de condições regionais e com os meios de comunicação da época, do que a centralização.

A Constituição de 1824, todavia, deu ao Brasil a forma de Estado unitário descentralizado. Não satisfez, assim, o anseio federalista que, por todo o Império, serviu de arma à oposição, inclusive ensejando conflitos armados. É certo que a Emenda Constitucional de 1834, o chamado Ato Adicional, ampliou a descentralização. Todavia, pela dita Lei de Interpretação de 1840, voltou-se atrás num sentido centralizador.

Não é de surpreender, pois, que os republicanos houvessem levantado a bandeira federalista, mais fácil de levar do que a da derrubada da monarquia, no Segundo Império, de modo geral apreciada pelo povo.

A Federação chegou ao Brasil ao mesmo tempo que a República, formalizadas ambas pelo Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889. Por este decreto, as províncias do Império foram transformadas nos Estados da República, ganhando autonomia. O caso brasileiro, pois, é típico do *federalismo por segregação*.

A Constituição de 1891 ao institucionalizar a Federação seguiu o modelo do federalismo dualista. Este, porém, era mal adaptado à profunda diversidade de condições entre as regiões do País, conseqüentemente entre os Estados. De fato, para muitos dos Estados faltavam condições econômicas para adequadamente atender às tarefas que desde então lhes incumbiam. Esse mau atendimento foi causa de maior empobrecimento dos mesmos Estados e, destarte, do alargamento do fosso entre regiões ricas e regiões pobres.

E igualmente era destoante da mentalidade prevalecente no País, na medida em que esta tende a tudo esperar da Capital. Por isso, foram os Estados que batalharam pelo incremento da atividade da União (e, desse modo, pelo alargamento de sua esfera de competências) e não o contrário, conforme revela a história da Primeira República, por paradoxal que isto pareça.

Com a Revolução de 1930 e, sobretudo, com a Constituição, substituiu-se o federalismo dualista pelo de caráter cooperativo. Deu-se com isso à União uma posição e uma influência preponderante no tratamento do interesse geral, amesquinhando-se o papel dos Estados. Isto ainda se acentuou com o Estado Novo (Constituição de 1937).

A tendência à centralização, praticamente ao fortalecimento da União, não foi detida pela Constituição de 1946. Na verdade, vigendo esta, a preocupação desenvolvimentista veio reforçar a tendência centralizadora. Para tanto confluíam as tentativas de planejamento, as iniciativas destinadas a reduzir as desigualdades regionais (como a SUDENE) e os grandes investimentos estatais, mormente

na indústria de base.

Com a Revolução de 1964 e a Constituição de 1967, mais se acentuou essa tendência, a ponto de se ter instaurado, na opinião de muitos, um novo tipo de federalismo, o federalismo de integração.

A Constituição de 1988 confere maior autonomia aos Estados-Membros tentando um reequilíbrio federativo. A expansão da autonomia estadual restabelece o federalismo cooperativo. Abandona o federalismo de integração.

2. A TRÍPLICE ESTRUTURA DO ESTADO BRASILEIRO

A Constituição brasileira de 1988, no que segue a anterior, não se contenta em estabelecer a Federação, descentralizando o todo; estabelece também o municipalismo, impondo a descentralização das partes. Há em nossa Constituição *três* ordens e não duas, como é normal no Estado federal. Em primeiro lugar, a ordem central — a União — em segundo lugar, ordens regionais — os Estados — em terceiro lugar, ordens locais — os Municípios.

A Constituição, com efeito, afóra organizar a União, prevê e reconhece os Estados, dando-lhes competências e rendas, prevê e reconhece os Municípios, entidades intraestaduais, conferindo-lhes competências e rendas.

Prevê o novo texto a auto-organização dos Estados e dos Municípios sujeitando-os ao respeito aos princípios constitucionais.

Estes são os enumerados no art. 34, VII, ou seja: “*a*) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; *b*) direitos da pessoa humana; *c*) autonomia municipal; *d*) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; *e*) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (acrescentado pela EC n. 29/2000)”.

Ganham os Municípios o poder de auto-organização, sujeitos, entretanto, aos princípios da Constituição Federal, aos da Constituição do respectivo Estado, além de estarem obrigados ao respeito a uma série de preceitos expressos, conforme o disposto no art. 29 da Constituição Federal. Isto corrobora a tese de que a Constituição de 1988 consagra um federalismo de segundo grau.

3. ASPECTOS UNITÁRIOS E SOCIETÁRIOS

A ordem total, a ordem da Federação, apresenta dois aspectos diversos embora complementares: um aspecto *unitário* e um aspecto *societário*. Isso corresponde aliás à estrutura íntima do Estado federal que é *um* Estado mas *composto de Estados*.

Estado federal é *um* Estado e, por isso, apresenta um aspecto unitário, quer no plano internacional, quer no mero plano interno. No plano internacional, esse aspecto se manifesta em sua *unidade de personalidade* — só o Estado federal é pessoa de Direito Internacional Público, o que na Constituição de 1988 se depreende do art. 21, I —, em sua *unidade de nacionalidade* — não há nacionalidade estadual (CF de 1988, art. 12) — e em sua *unidade de território* (CF de 1988, art. 1º).

No plano interno essa unidade se manifesta antes de mais nada pela existência de um ordenamento jurídico (constitucional ou não) próprio ao todo, com uma organização completa, competente em todo o território e sobre todos os habitantes desse território. Essa unidade interna implica a existência de um tribunal federal habilitado a resolver os conflitos de competência (que, entre nós, é o STF, cf. art. 102, I, *f*, da CF de 1988). O estabelecimento de limites à organização dos Estados-Membros (v. o que se disse anteriormente sobre o Poder Constituinte dito decorrente). A possibilidade de intervenção

federal para salvaguarda dessa própria unidade (que merecerá exame à parte, nos números finais deste capítulo).

A incorporação, a fusão e o desmembramento dos Estados voltaram a ter a participação dos Estados envolvidos. Embora a decisão final seja do Congresso Nacional, por meio de lei complementar, as populações diretamente interessadas deverão ser ouvidas previamente, por meio de plebiscito.

Todavia, é também o Estado federal uma “*sociedade*” de Estados. Daí que, no típico Estado federal, os Estados-Membros de algum modo participam do governo do todo (seja por existir um órgão no ordenamento total cuja função é representá-los — um Senado — seja por elegerem eles o chefe de Estado e do governo, como formalmente ocorre nos Estados Unidos).

4. A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

É bastante complexa a repartição de competências na Constituição brasileira. Nela coexistem a repartição horizontal e a repartição vertical de competências. Por outro lado, há que distinguir entre a repartição de competência legislativa e a repartição de competência administrativa.

5. A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

Quanto a esta, no texto em vigor, há, por um lado, uma repartição estabelecida segundo o critério “horizontal”.

Assim, há *competências exclusivas* da União (p. ex., art. 22), dos Municípios (art. 30) e dos Estados e do Distrito Federal. A competência exclusiva dos Estados compreende tudo aquilo que não foi atribuído à União ou aos Municípios (ou não foi incluído no campo das competências concorrentes) (art. 25, § 1º). A competência exclusiva do Distrito Federal abrange as competências não só conferidas aos Estados, mas também as atribuídas aos Municípios (art. 32, § 1º). A competência exclusiva do Município abrange o que for assunto de “interesse local” (art. 30, I).

Por outro lado, existe uma repartição vertical. Há uma *competência concorrente* deferida à União, aos Estados e ao Distrito Federal (não aos Municípios) (art. 24). Neste campo, compete à União estabelecer apenas as “normas gerais” (art. 24, § 1º). Aos Estados e ao Distrito Federal cabe complementar essas normas, adaptando-as às suas peculiaridades (competência complementar, que a Constituição incorretamente chama de “suplementar”, art. 24, § 2º).

Na falta de normas gerais editadas pela União, os Estados e o Distrito Federal podem editá-las, suprimindo a lacuna (competência supletiva, que a Constituição também chama de “suplementar”, de modo incorreto, art. 24, § 3º). Neste caso, porém, editando a União as normas gerais, estas prevalecerão sobre as que houverem sido promulgadas pelos Estados ou pelo Distrito Federal (art. 24, § 4º).

A Constituição não atribui aos Municípios competência legislativa concorrente com a da União, Estados e Distrito Federal. Entretanto, confere a eles uma competência de “suplementar” (entenda-se, “complementar”) a legislação federal e estadual, no que for de seu interesse peculiar (art. 30, II).

6. A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA

A competência administrativa é, em princípio, correlata à competência legislativa. Assim, quem tem competência para legislar sobre uma matéria tem competência para exercer a função administrativa quanto a ela. Entretanto, há todo um campo que é comum no plano administrativo à União, aos Estados,

ao Distrito Federal e aos Municípios (art. 23). Neste, todos esses entes federativos devem cuidar do cumprimento das leis, independentemente da origem federal, estadual, “distrital”, ou municipal.

7. A DIVISÃO DE RENDAS

A divisão de rendas é, no dizer de Durand (v. *Confédération d'États et État fédéral*), a pedra de toque da Federação, pois é a medida da autonomia real dos Estados-Membros. Na verdade, essa partilha pode reduzir a nada a autonomia, pondo os Estados a mendigar auxílios da União, sujeitando-os a verdadeiro suborno. Como a experiência americana revela, pelo concurso financeiro, a União pode invadir as competências estaduais, impondo sua intromissão em troca desse auxílio.

A questão é mais complexa ainda nos tempos que correm. Pode a União, com suas faculdades econômicas e financeiras, manipular a seu bel-prazer o crédito mais o câmbio e o volume de papel-moeda. Daí decorre que de sua política é que depende a substância dos recursos à disposição dos Estados-Membros. Uma política inflacionária, por exemplo, pode reduzi-los a nada, tornando incapazes os Estados de pagar seus próprios funcionários.

O primeiro aspecto a considerar a propósito da divisão de rendas concerne à repartição de competência tributária. Realmente, a fórmula preferida para assegurar à União, aos Estados e, quando é o caso, aos Municípios renda suficiente e ao mesmo tempo isenta de vinculações prejudiciais consiste em repartir entre esses entes a matéria tributável. Assim, a Constituição reparte essa matéria, atribuindo a criação, o lançamento e a cobrança dos tributos a ela referentes, com exclusividade, ou à União, ou aos Estados, ou aos Municípios e ao Distrito Federal.

O sistema tributário nacional vigente compreende *impostos*, ou seja, prestações pecuniárias arrecadadas compulsoriamente pelo Poder Público sem outra contraprestação que a satisfação das funções estatais em geral, sem o caráter de sanção; *taxas*, isto é, prestações arrecadadas como remuneração de serviços específicos prestados ou postos à disposição do contribuinte; *contribuições de melhoria*, a saber, prestações arrecadadas de proprietários de imóveis valorizados por obras públicas; e também *empréstimos compulsórios*, quer dizer, prestações arrecadadas compulsoriamente mas a serem posteriormente devolvidas aos contribuintes.

Os empréstimos compulsórios foram disciplinados de forma mais adequada. Exige a Lei Maior que sua criação se dê mediante lei complementar, objetivando o atendimento de despesas extraordinárias ou decorrentes de calamidade pública, guerra, ou necessárias a investimento urgente. Neste caso, porém, a cobrança somente poderá verificar-se no exercício seguinte ao da publicação da lei que os criou (art. 148, I e II).

A arrecadação de quaisquer tributos está sujeita às normas gerais de direito financeiro que compete à União promulgar, assim como a limitações postas pela Constituição e reguladas pela legislação federal complementar.

As limitações constitucionais ao poder de tributar são de duas ordens distintas: uma, a das limitações gerais, outra, a das particulares. As limitações gerais são aquelas que se impõem tanto à União como aos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 150). As particulares são as que se referem a um destes especialmente (art. 151).

A primeira das limitações gerais que aponta a Constituição é a seguinte: a legalidade tributária, segundo a qual nenhum tributo pode ser instituído, exigido ou aumentado, sem que lei (ou ato com força de lei) o estabeleça (art. 150, I). Outras são: 2) a de instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação

profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos (art. 150, II); 3) a de cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores acontecidos antes da vigência de lei que os crie ou aumente; b) no mesmo exercício financeiro em que foram criados ou majorados por lei, com as exceções que estabelece ou c) cobrar tributos, antes de serem decorridos noventa dias da data da publicação da lei que os instituiu ou aumentou (ressalvado o disposto na alínea b); 4) utilização de tributos com finalidade confiscatória; 5) a do estabelecimento de limitações do tráfego de pessoas ou de bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, excetuada a cobrança do pedágio; 6) a de instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços uns dos outros, incluindo autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público no que se vincularem a suas finalidades essenciais, excluídos expressamente o patrimônio, renda e serviços relacionados com atividades econômicas; b) templos de qualquer culto; c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, de entidades sindicais, de instituições de educação e assistenciais (art. 150, III a VI, §§ 1º a 4º).

Veda-se aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a utilização do poder de tributar para estabelecer tratamento diferenciado em face de procedência ou destino de bens e serviços.

As limitações particulares atingem a União, nos termos do art. 151. Não pode ela usar de seu poder de tributar para estabelecer tratamento diferenciado com relação a Estados, ao Distrito Federal e a Municípios, exigindo a Lei Magna que o tributo instituído pela União seja uniforme para todo o território nacional. Permite, todavia, a criação de incentivos fiscais que objetivem o equilíbrio do desenvolvimento das diversas regiões do País.

É vedado também à União tributar em níveis superiores aos utilizados, quanto às suas obrigações e agentes, a renda das obrigações da dívida pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O texto em vigor retirou da União o poder de conceder isenções de tributos da competência dos Estados, Municípios e Distrito Federal.

A Constituição discrimina a competência tributária da União, no seu art. 153, atribuindo-lhe, entre outros, os impostos sobre a renda, sobre a propriedade territorial rural, sobre as grandes fortunas; dos Estados e Distrito Federal, no art. 155, conferindo-lhes, entre outros, o de transmissão *causa mortis* e doação de bens ou direitos, o de circulação de mercadorias; e dos Municípios, no art. 156, aos quais cabem os impostos sobre a propriedade predial e territorial urbana, os sobre vendas a varejo de combustíveis líquidos e gasosos, exceto óleo diesel etc.

Mantém o novo texto a competência residual da União, que poderá criar outros impostos, respeitados os fatos geradores e as bases de cálculo utilizadas nos já definidos, desde que não sejam cumulativos (art. 154, I).

Admite ainda que a União institua impostos extraordinários, no caso de guerra ou de sua iminência (art. 154, II).

8. AS QUOTAS DE PARTICIPAÇÃO

No intuito de fornecer aos Estados e Municípios os recursos necessários ao desempenho de suas atribuições, a Constituição vigente complementou a repartição de competência tributária, com um sistema de quotas de participação. Nisso, aliás, desenvolveu tendência anterior que fora consagrada na Emenda Constitucional n. 18, de 1965, à Constituição de 1946.

O sistema de repartição da competência tributária em círculos exclusivos tem a vantagem de assegurar a autonomia dos Estados e Municípios, já que lhes assegura renda tributária independente de

qualquer condicionamento. Tem, porém, uma desvantagem ponderável. Não serve para a redistribuição de rendas, ou para a igualização de recursos. Como é óbvio, os tributos privativos apenas rendem onde há matéria econômica para tributar. Assim, nas regiões pobres, esses tributos rendem pouco, porque lá lhes falta o substrato econômico. Em consequência, esse sistema tende a estimular a acentuação dos desníveis econômicos.

Como no Brasil os desníveis econômicos são muito pronunciados, esta desvantagem avulta. Por isso, entendeu-se conveniente estabelecer um sistema de quotas de participação, pelas quais se assegurassem às unidades mais pobres recursos suficientes para impedir o crescimento dos desníveis e, se possível, sua atenuação. Por este sistema, o produto de certos tributos é partilhado entre quem tem a competência para criá-lo, lançá-lo e arrecadá-lo, e outras entidades, redistribuindo esse produto, em função de diferentes critérios.

Assim, por exemplo, o produto da arrecadação do imposto de renda recolhido na fonte sobre rendimentos pagos pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, lhes pertence, respectivamente. Também se a União criar imposto novo, pelo exercício de sua competência prevista no art. 154, I, deverá destinar aos Estados e ao Distrito Federal vinte por cento de sua arrecadação. Por outro lado, compete aos Municípios cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados. Pertence também aos Municípios cinquenta por cento da arrecadação do imposto estadual sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios etc.

Do produto da arrecadação de determinados impostos da União, percentuais definidos pela Constituição serão entregues aos Fundos de Participação dos Estados e do Distrito Federal, bem como ao dos Municípios, e destinados a programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, com privilégio para o setor semiárido do Nordeste, ao qual se destinará metade dos recursos cabíveis à Região.

9. A INTERVENÇÃO FEDERAL

Como ordem de unificação, o ordenamento federal não pode dispensar um mecanismo destinado a salvaguardar o todo contra a desagregação. Esse instrumento é a *intervenção federal*.

Esta consiste em assumir a União, por delegado seu, temporária e excepcionalmente, o desempenho de competência pertencente a Estado-Membro. É uma invasão da esfera de competências pertencente e reservada aos Estados-Membros para assegurar o grau de unidade e de uniformidade indispensável à sobrevivência da Federação. Note-se que a União só pode intervir nos Estados. Nos Municípios, eventualmente são os Estados que podem intervir.

A intervenção, por ser contrária à autonomia dos Estados-Membros, só pode fundar-se em fato de gravidade indisfarçável. Assim, o constituinte cuidou de estabelecer o elenco taxativo dos problemas que são suficientemente perigosos para o todo, a ponto de ensejar essa intervenção.

De modo geral, a intervenção cabe: para assegurar a unidade nacional (art. 34, I e II); manter a ordem, isto é, a ordem constitucional (art. 34, VII), a ordem pública (art. 34, III e IV), a ordem jurídica (art. 34, VI), bem como disciplinar as finanças estaduais (art. 34, V).

10. A DECRETAÇÃO DA INTERVENÇÃO

A competência para decretar a intervenção pertence ao Presidente da República (art. 84, X). A competência do Presidente, contudo, é de natureza diversa conforme a hipótese que a fundamenta.

De fato, ela é uma competência vinculada, cabendo ao Presidente a mera formalização de uma decisão tomada por órgão judiciário, sempre que a intervenção se destinar a “prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judiciária” (art. 34, VI) ou a “assegurar o livre exercício” do Judiciário estadual (art. 34, IV). Nestas hipóteses a decisão sobre a intervenção cabe ao Supremo Tribunal Federal, ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Tribunal Superior Eleitoral, mediante requisição (art. 36, II). No caso de inexecução de lei federal, a Lei Magna condiciona a intervenção ao provimento de representação do Procurador-Geral da República, que, ocorrendo, dá ensejo à mencionada requisição por parte do Supremo Tribunal Federal (art. 36, III, com a redação da Emenda Constitucional n. 45/2004).

Nas hipóteses de ameaça à integridade nacional, invasão estrangeira, ou de Estado em outro, perturbação grave da ordem, coação a Legislativo ou Executivo estaduais e reorganização financeira do Estado-Membro (art. 34, I a V), a decisão é discricionária. Tem ele a faculdade de decretar a intervenção se a situação, a seu juízo, o exigir, como aliás ensinava Rui Barbosa. Não resta dúvida, porém, que, devendo ele zelar pela salvaguarda da ordem constitucional, tem ele a obrigação de fazê-lo sempre que necessário, sob pena de incidir em crime de responsabilidade, como queria Epitácio Pessoa (v. Ernesto Leme, *A intervenção federal nos Estados*). Observe-se que a intervenção para assegurar o livre exercício do Legislativo ou Executivo estadual coagido depende de solicitação dele (art. 36, I). Entenda-se nos seus devidos termos essa solicitação, que não poderá nessa hipótese revestir-se de formas especiais ou obedecer a um rito minucioso, que a coação normalmente vedaria. Basta que, de algum modo, o poder coato faça sentir sua vontade para caber a decretação.

Mais complicada é a decretação com base na violação dos princípios constitucionais da União (art. 34, VII). A intervenção é ainda aí decretada pelo Presidente. Todavia, ela somente cabe depois que o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade do ato impugnado, por provocação do Procurador-Geral da República (art. 36, III). Não será ela, entretanto, decretada se a suspensão do ato inconstitucional bastar para restabelecer a normalidade no Estado (art. 36, § 3º).

11. A MANIFESTAÇÃO DO CONGRESSO

A intervenção federal, salvo quando é fruto de requisição judiciária, deve ser aprovada pelo Congresso (art. 49, IV), que deverá ser convocado para tanto, se não estiver reunido (art. 57, § 6º, I). A recusa de aprovação equivale à suspensão da medida; seus efeitos, pois, são *ex nunc* e não *ex tunc*.

Cessada a intervenção, as autoridades estaduais eventualmente substituídas devem voltar ao exercício de suas funções (art. 36, § 4º), salvo se outro impedimento existir.

Capítulo 8º

OS ENTES DA FEDERAÇÃO BRASILEIRA

SUMÁRIO: 1. Os Estados-Membros. 2. Os Territórios. 3. O Distrito Federal. 4. O Município. 5. As regiões metropolitanas. 6. Das regiões de desenvolvimento.

1. OS ESTADOS-MEMBROS

Como Estado federal que é, o Brasil é composto de Estados federados que gozam, segundo já se ensinou, de *autonomia*. Autonomia significa etimologicamente autogoverno (mais exatamente, governo de si próprio de acordo com regras por si próprio estabelecidas). Mas na linguagem usual do Direito Público significa governo de si próprio dentro de um âmbito fixado (e limitado) por um poder mais alto, o poder soberano.

Na estrutura federativa brasileira, a autonomia do Estado federado importa em auto-organização. Cada Estado federado se rege por uma Constituição que o seu Poder Constituinte estabelece. Mas este Poder Constituinte do Estado-Membro não é originário, é decorrente do Poder Constituinte originário que gerou como federativa a Constituição brasileira. Não é, pois, um poder ilimitado. Ao contrário, é um poder de auto-organização delimitado pela Constituição Federal, que fixa em parte a estruturação estadual.

Com efeito, por um lado, a Constituição Federal impõe aos Estados a observância, sob pena de intervenção federal, de alguns princípios que devem ser adaptados pelo constituinte estadual às peculiaridades locais. São os princípios enumerados no art. 34, VII, da Constituição, ou seja, forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública, direta e indireta.

Verifica-se que aos Estados foi concedida maior autonomia de auto-organização do que aquela que lhes cabia no Direito anterior. A Constituição de 1967 previa a auto-organização dos Estados, mas limitava-lhes extensamente esse poder, obrigando-os ao respeito de inúmeras regras, preordenando sua organização (EC n. 1/69, art. 13), além de incorporar-lhes grande parte do Direito federal (EC n. 1/69, art. 200).

A Constituição vigente apenas determina aos Estados o respeito aos seus princípios, que, como já se disse, são os previstos no art. 34, VII.

Não é necessário repetir que esses Estados têm uma competência própria, a que resta após excluir-se o que cabe à União ou aos Municípios (art. 25, § 1º). Nem que têm eles receitas próprias resultantes, inclusive, de tributos privativos (art. 155).

Igualmente não é preciso sublinhar que os poderes estaduais não estão sujeitos aos poderes federais correspondentes, como não o está a administração estadual à federal.

2. OS TERRITÓRIOS

Como é sabido, a primeira Constituição republicana não previa a existência de Territórios de onde surgiu difícil problema com a aquisição do Acre. Daí em diante fixou-se na doutrina e nos textos posteriores a ideia de que os Territórios são Estados em embrião.

Não há na Constituição atual, como na anterior, critérios fixados para que se afira estar ou não o Território em condições de se tornar Estado. Por analogia, contudo, poder-se-ia aplicar o critério fixado pelo “Ato das Disposições Constitucionais Transitórias” à Constituição de 1946, art. 9º, em relação ao Acre, isto é, igualarem as rendas do Território às do Estado de menor arrecadação. Essa transformação observará o procedimento fixado em lei complementar.

Embora Estados em embrião no plano político, no jurídico, os Territórios são meras divisões administrativas da União, podendo ser divididos, redivididos ou reunidos por esta sem maiores dificuldades. Não têm autonomia política, pois são regidos por um governador nomeado pelo

Presidente da República, mediante aprovação prévia do Senado, por voto secreto e com arguição pública. Em regra, os Territórios não têm órgão legislativo próprio. É o Congresso Nacional que vota os projetos de lei a eles referentes.

O texto constitucional em vigor excepciona os Territórios com população excedente de cem mil habitantes, determinando que disporão de Câmara Territorial que exercerá competência legislativa nos termos da lei (art. 33, § 3º). Remanesce, todavia, a competência do Congresso Nacional sobre sua organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública (art. 48, IX, c/c o art. 61, § 1º, II, b).

Neles existe a autonomia administrativa, mas a soma de competências conferidas a seu órgão dirigente, de nomeação do executivo federal, pode variar de um para outro.

Nos Territórios, compete, como é lógico, à União arrecadar os tributos que a Constituição atribui aos Estados-Membros (art. 147). Igualmente, cabe à União exercer nos Territórios as competências que seriam estaduais.

Os Territórios não têm, como tais, representação política. Não há lugar no Senado para representantes dos Territórios. Todavia, o povo de cada Território elege quatro deputados à Câmara Federal.

O Território de Fernando de Noronha foi incorporado ao Estado de Pernambuco pela nova Constituição.

Note-se, porém, que hoje inexistem qualquer Território. Os que havia antes da vigência da Constituição atual foram pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias transformados em Estados.

Não estão sequer incluídos na Constituição vigente entre os entes federativos, ao contrário do que constava do direito anterior.

3. O DISTRITO FEDERAL

Situação particular ao lado dos Estados e dos Municípios ocupa o Distrito Federal, cujo estatuto, de 1891 até hoje, muito tem variado.

Ao tempo da Constituição de 1891, assinalava Rui (*Comentários*, p. 39) ser ele “um semiestado, um quase estado” já que, se lhe faltava a auto-organização, era dotado de participação igual à dos Estados no governo federal. A Constituição de 1934, por sua vez, aproximou ainda mais o Distrito Federal da situação dos Estados-Membros, dando satisfação ao chamado “movimento autonomista”.

Veio, porém, com a Carta de 1937, reação centralizadora que estritamente subordinou o Distrito Federal à administração federal. Essa reação, porém, com a Constituição de 1946, cedeu lugar à tendência oposta.

De fato, a Constituição de 1946 restabeleceu para o Distrito Federal situação semelhante à de que gozava antes de 1930, concedendo-lhe certa autonomia, permitindo-lhe eleger Câmara de Vereadores, com poderes legislativos, mas prevendo que o seu Executivo fosse presidido por prefeito nomeado pelo chefe de Estado, demissível *ad nutum*, cujo nome deveria ser aprovado pelo Senado Federal. Como os Estados, porém, o Distrito Federal elegia deputados e senadores.

Em 1956, a Emenda n. 2 veio acentuar a semelhança do Distrito Federal com os Estados federados, prevendo prefeitos eleitos e intervenção federal nos casos em que ela cabia nos Estados-Membros, embora não a excluísse nos casos em que era possível a intervenção dos Estados nos Municípios.

A mudança da Capital, em 1960, esvaziou de certa forma essa emenda, adotada em função de uma

metrópole como o Rio e não de uma nova cidade como Brasília. Assim, nova emenda, a de n. 3, restabeleceu no fundo o estatuto previsto em 1946, subordinando, todavia, a eleição de deputados e senadores do novo Distrito Federal a decisão do Congresso Nacional, dispondo o mesmo em relação à sua Câmara, cujas funções seriam até então exercidas pelo próprio Congresso. Essa decisão, contudo, não chegou a ser tomada, ficando o Distrito Federal sem representantes.

A Constituição de 1967 assemelhou o Distrito Federal aos Territórios, dispondo sobre ambos num capítulo especial, o quarto (Tít. I), estabelecendo que a lei disporia sobre sua organização administrativa e judiciária. Previu que sua administração seria encabeçada por um governador (Emenda n. 1), de nomeação do Presidente, impondo, porém, a aprovação prévia de seu nome pelo Senado (art. 42, III). Dispôs ainda que este discutiria os projetos de lei concernentes ao serviço público, ao pessoal, ao orçamento e aos tributos do Distrito Federal.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 25/85, o Distrito Federal passou a ter representação semelhante à de Estado-Membro, elegendo três senadores e ficando seu povo representado por oito deputados.

A Constituição em vigência mantém essa representação. O *status* do Distrito Federal, porém, se aproximou do do Estado. Assim é que seu governador será eleito diretamente pelo povo (art. 32, § 2º). Disporá de uma Câmara Legislativa cuja competência inicialmente prevista é a de votar uma lei orgânica que o regerá. Dessa forma passa o Distrito Federal a gozar de autonomia de auto-organização (art. 32), restrita, embora, à organização administrativa, considerando-se a competência da União para legislar sobre organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública, nos termos do art. 22, XVII. Acrescente-se, contudo, que a competência da União cinge-se a normas gerais, conforme decorre do disposto na letra *d* do inc. II do § 1º do art. 61.

Recebeu também as competências legislativas deferidas aos Estados e aos Municípios (art. 32, § 1º).

O Distrito Federal ainda dispõe de competência legislativa concorrente com a da União, nas matérias previstas no art. 24.

Os tributos pela Constituição atribuídos aos Estados e aos Municípios cabem ao Distrito Federal em seu território.

4. O MUNICÍPIO

O Município, no Direito Constitucional brasileiro em vigor, é entidade política, de existência prevista como necessária, com autonomia e competência mínima rigidamente estabelecida.

A Constituição Federal prevê o Município como entidade federativa (art. 1º), lhe confere competência (art. 30) e lhe discrimina rendas (art. 156).

Encerra-se, com isso, a polêmica doutrinária sobre a natureza do Município, que alguns entendiam não ser entidade federativa por ter sido omitido no texto do art. 1º da EC n. 1/69.

A competência que lhe é concedida pela Constituição, o é, aliás, nos mesmos termos que a da União. Esta e o Município têm os poderes enumerados; os Estados-Membros, os poderes remanescentes. Sua competência, pois, impõe-se, ainda que implícita, aos poderes estaduais remanescentes e até aos poderes da própria União. Tal deflui do art. 102, III, *c*, pois aí se vê que a regra local pode impor-se à regra federal, dentro de sua esfera. Essa competência envolve legislação (pode o Município cobrar tributos e de acordo com o art. 150, I, III, *a, b*, só a *lei* pode criá-los...) e administração (art. 30, III a IX).

O Município é autônomo, ou seja, como ensina Sampaio Dória (*Curso de direito constitucional*, 3. ed., 1953, v. 2, p. 7), tem “poder de autodeterminação dentro em barreiras que não determina”. Essa autonomia se manifesta pela eleição de vereadores — Legislativo — e de prefeito — Executivo (art. 29, I).

Sublinhe-se que a autonomia municipal passou a compreender auto-organização. Será a Lei Orgânica Municipal que, respeitados, como é óbvio, os preceitos constitucionais tanto federais quanto do Estado, assim como preceitos expressos, contidos nos vários incisos do art. 29, fixará a sua organização, nos pontos fundamentais. Quanto ao número de vereadores, por exemplo, a Lei Orgânica deverá respeitar o fixado pela Emenda Constitucional n. 58, de 23 de setembro de 2009.

A criação de Municípios é sempre decidida por lei estadual. Nos termos da redação primitiva do art. 18, § 4º, da Constituição, essa criação deveria preservar a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano e atender aos requisitos fixados previamente em lei complementar estadual, dependendo sempre de consulta prévia, por meio de plebiscito, das populações interessadas. Devia-se entender que este plebiscito, se contrário, bloqueia a criação do Município, mas, sendo favorável, apenas permitiria a sua criação. Não há, segundo mostra o Prof. Miguel Reale, direito público subjetivo à transformação em Município. Todavia, observa o mesmo mestre, que os Municípios têm um direito ao território como condição de sua autonomia, de modo que a incorporação, a fusão, a divisão de Municípios não se pode fazer sem sua participação (v. *RF*, 162:71 e s.) (art. 18, § 4º). A Emenda Constitucional n. 12/96 deu nova redação ao art. 18, § 4º. Mantendo, embora, ser a criação de Município decidida por lei estadual, subordina-a à consulta prévia dos Municípios envolvidos, que deve ser precedida de “estudos de viabilidade municipal”, apresentados e divulgados na forma da lei (estadual — a lei complementar estadual já anteriormente prevista). A isso se ajunta a exigência de que essa criação somente se poderá dar “dentro do período determinado por lei complementar federal”. Claro está que a modificação almeja dificultar a criação de novos municípios ao exigir um estudo de viabilidade, bem como pelo seu condicionamento a período fixado pelo legislador federal. Traduz, também, uma patente ingerência do poder federal na matéria.

Em face das novas regras, ocorreu a criação irregular de numerosos municípios. Para sanar essa anomalia, a Emenda Constitucional n. 57/2008 convalidou a situação jurídica dessas entidades, desde que a lei estadual de criação haja sido publicada até 31 de dezembro de 2006, e que hajam sido atendidos os requisitos da legislação estadual pertinente à época de sua criação. Introduziu, para tanto, um art. 96 no ADCT.

A Constituição Federal atribui aos Estados o poder de intervir nos seus Municípios. Cabe esta intervenção em várias hipóteses que demonstram a insolvência do Município, bem como não ocorrendo a aplicação de vinte e cinco por cento da receita municipal no ensino (arts. 35, III, e 212) e nas ações e serviços públicos de saúde (EC n. 29/2000).

5. AS REGIÕES METROPOLITANAS

A competência antes federal de criação de regiões metropolitanas passou aos Estados-Membros, que a exercerão por intermédio de lei complementar (art. 25, § 3º).

As regiões metropolitanas são entidades administrativas, superpostas aos Municípios de uma área constituinte de comunidade socioeconômica, com o objetivo de integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum a todas as unidades componentes.

Com a mesma finalidade o Estado poderá criar aglomerações urbanas e microrregiões.

Diferentemente da disciplina anterior, por ser da competência estadual a criação das regiões, os Municípios integrantes de tais unidades deverão pertencer ao mesmo Estado-Membro, não podendo ser vinculados a Estados diferentes, o que podia ocorrer quando sua criação era competência federal.

O surgimento dessas regiões metropolitanas decorre da impossibilidade de se resolverem certos problemas próprios às metrópoles, no âmbito restrito e exclusivo de um dos Municípios que a conurbação recobre. É, por exemplo, o que se dá com o abastecimento de água, o tratamento de esgotos, o combate à poluição, transportes e vias de comunicação etc.

6. DAS REGIÕES DE DESENVOLVIMENTO

A Constituição se preocupa no art. 43 com as regiões (de desenvolvimento). Reflete isto a política de estímulo ao desenvolvimento de regiões menos favorecidas que se iniciou sob a Constituição de 1946. Com efeito, essa política levou à instituição da SUDENE (Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste), SUDAM (Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia) etc.

Tais regiões, na verdade, não são entes federativos autônomos como os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, nem descentralizações administrativas, como os Territórios. Ao contrário, abrangem áreas que constituem complexos geoeconômicos e sociais, politicamente pertencentes, eventualmente, à esfera de diferentes Estados e Municípios.

Servem elas para definir áreas especiais, a respeito das quais a União articulará a sua ação administrativa por meio de organismos, criados por lei complementar (art. 43, § 1º, II), que executarão planos regionais de desenvolvimento.

Igualmente, essas regiões poderão ser favorecidas, na forma da lei, por medidas destinadas a estimular o seu desenvolvimento, como juros reduzidos, isenções tributárias etc. (art. 43, § 2º).

Parte III

A FORMA DO GOVERNO

SUMÁRIO: 1. Plano desta Parte.

1. PLANO DESTA PARTE

Após os estudos focalizados na noção de Constituição (1ª Parte) e na de Estado (2ª Parte), nesta Parte se focaliza o governo — o complexo de estruturas e funções centrais e superiores, em que se exerce no Estado o máximo poder político, atribuído conforme as normas da Constituição.

Desde logo, o Capítulo 9º visa a desfazer a confusão terminológica — constante nos estudos políticos — entre formas, sistemas e regimes.

Fixada uma tipologia dessas três categorias, abrem-se em seguida duas seções: na primeira, em dois capítulos, realiza-se um estudo sobre o tema geral da democracia, de capital importância para a compreensão do sistema constitucional democrático-liberal, no qual se insere o sistema constitucional brasileiro; na segunda, em três capítulos finais desta Parte, é apreciado em específico o Direito brasileiro.

Capítulo 9º

FORMAS, SISTEMAS E REGIMES POLÍTICOS

SUMÁRIO: 1. Formas, sistemas e regimes políticos. 2. A tipologia das formas de governo. 3. A tipologia aristotélica. 4. A tipologia dos regimes de governo. 5. A tipologia dos sistemas de governo.

1. FORMAS, SISTEMAS E REGIMES POLÍTICOS

A atribuição do poder supremo no Estado não acarreta apenas divergências entre partidários desta ou daquela solução. Suscita na doutrina uma grande incerteza acerca de sua designação, incerteza que redundava numa intrincada confusão terminológica. Assim, essa atribuição tem o nome para uns de forma de governo, para outros de sistema de governo e para muitos de regime de governo. Disto decorre o fato de que aquilo que num trabalho é designado, de forma de governo, noutra é referido como regime ou sistema. Igualmente, se para alguns essas expressões são sinônimas, para não poucos cada uma delas tem uma acepção própria.

Neste livro, forma de governo é a definição abstrata de um modo de atribuição do poder. Corresponde a uma categoria pura, objeto da meditação do filósofo político.

Sistema de governo é a decorrência de cada uma dessas formas, traduzida em normas que a institucionalizam. É o sistema que se imprime na Constituição, sempre adaptado, mais ou menos, às condições do país e seu povo.

O tema do jurista, enquanto meramente jurista, é o sistema ou a comparação dos sistemas e seu aprimoramento.

Enfim, regime de governo é o modo efetivo por que se exerce o poder num determinado Estado em determinado momento histórico. Deveria coincidir com o sistema se a Constituição, na qual este se inscreve, fosse rigorosamente cumprida. E na sua letra e no seu espírito. Mas, sempre, a prática da Constituição se afasta das linhas na mesma traçadas, seja pela corrupção ou deturpação de suas instituições, seja pelo influxo do tempo que ora desgasta ora valoriza certos princípios. É o regime o tema do cientista político, ou do sociólogo da política.

Na verdade, aplicando esses conceitos, deve-se observar que primeiro se identificaram regimes de governo para, depois, através de uma abstração, se chegar a final às formas, registrando-se no caminho os princípios, os sistemas.

Igualmente, na atividade construtiva, não meramente exegética, o jurista tem de levar em conta as observações da ciência política, pois sem isto o sistema que desenhar provavelmente não será efetivamente aplicado. Haverá então grande distância entre o sistema e o regime de um Estado determinado.

2. A TIPOLOGIA DAS FORMAS DE GOVERNO

No mais alto grau de abstração, continua-se a distinguir três formas de governo: a monarquia, a aristocracia e a democracia. O critério dessa distinção é o número de pessoas a quem se atribui o supremo poder. Critério meramente quantitativo, pois.

Monarquia é a forma de governo em que este é deferido a um só. Aristocracia, quando é atribuído a uma minoria. Democracia, quando é atribuído à maioria. Esta tipologia é antiquíssima, estando presente nas *Histórias* de Heródoto.

3. A TIPOLOGIA ARISTOTÉLICA

Ainda na Antiguidade se registrou a pouca utilidade daquela tipologia para caracterizar efetivamente os Estados. Aristóteles, na *Política*, tomou-a como ponto de partida para uma tipologia, após haver estudado uma a uma as Constituições das Cidades-Estado helênicas. Assim, distingue formas legítimas (que buscam o interesse geral) e formas ilegítimas (que visam ao interesse de alguns, mormente dos governantes). Três são as formas legítimas: a monarquia (governo de um só em proveito de todos), a aristocracia (governo de uma minoria — dos melhores ou mais capazes — em proveito geral) e a república (ou democracia, para alguns tradutores, o governo da maioria mas em benefício de todos). As ilegítimas são: tirania (governo de um só mas em benefício de uma minoria, ou do próprio tirano), oligarquia (governo da minoria dos mais ricos em benefício próprio) e demagogia (ou democracia, conforme o tradutor, o governo da maioria explorada pelos demagogos em vista do interesse de alguns, em prejuízo da maioria).

4. A TIPOLOGIA DOS REGIMES DE GOVERNO

Hoje (pondo de lado muitas outras tipologias), é comumente aceita a distinção entre três regimes: o democrático, o totalitário e o autoritário. O primeiro se caracteriza por permitir a livre formulação das preferências políticas, prevalecendo as liberdades básicas de associação, informação e comunicação, com o objetivo de propiciar a disputa, a intervalos regulares, entre líderes e partidos a fim de alcançar o poder por meios não violentos e conseqüentemente exercê-lo. O segundo apresenta-se marcado por uma ideologia oficial, um partido único, de massa, que controla toda a mobilização política e o poder concentrado em mãos de um pequeno grupo que não pode ser afastado do poder por meios institucionalizados e pacíficos. O terceiro existe quando ocorre um limitado pluralismo político, sem uma ideologia elaborada, sem extensa ou intensa mobilização política, exercendo o grupo governante o poder dentro de limites mal definidos, conquanto previsíveis (v., do Autor, Regime político, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 64).

5. A TIPOLOGIA DOS SISTEMAS DE GOVERNO

Muitas são as tipologias propostas pelos juristas acerca dos sistemas de governo.

A mais aceita começa por distinguir entre república e monarquia. Segue nisso uma lição de Maquiavel, levando em conta a temporariedade (caso da república), a vitaliciedade (caso da monarquia) da atribuição do poder.

Grande hesitação há no tocante às espécies, tanto de monarquia, quanto de república.

Para uns, deve-se distinguir a monarquia hereditária da monarquia eletiva; para outros, a monarquia moderna pode ser monarquia democrática (caso da Grã-Bretanha, da Suécia etc.) ou monarquia aristocrática (caso do *Ancien Régime* francês). E não falta quem lembre a distinção entre monarquia absoluta e monarquia limitada, ou constitucional.

Quanto à república, não se esqueceu a lição de Montesquieu sobre as repúblicas democráticas e as repúblicas aristocráticas.

Por outro lado, vários são os sistemas que se associam à democracia, conforme se verá no capítulo seguinte.

Seção 1^a

A DEMOCRACIA

SUMÁRIO: 1. Considerações gerais.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Historicamente, o desenvolvimento teórico do conceito de democracia foi resultado da prática de sucessivos e diferentes tipos de governo considerados — e muitas vezes, autoproclamados — democráticos. Assim, de diversos tipos de democracia praticados veio sendo destilado pela doutrina um conceito prático de democracia, que é sempre discutido em contraposição aos ideais teóricos de uma democracia perfeita.

Hoje, longe de assentamento, persiste ainda essa discussão dos valores e fatores da democracia.

Daí, a divisão desta Seção em dois capítulos: *A democracia e seus tipos* e *Valores e fatores condicionantes da democracia*.

Capítulo 10

A DEMOCRACIA E SEUS TIPOS

SUMÁRIO: 1. Os tipos de democracia. 2. A democracia direta. 3. O exemplo ateniense. 4. A democracia indireta. 5. A democracia representativa. 6. A representação política. 7. Natureza jurídica da representação. 8. Os partidos políticos. 9. Partidos e opinião pública. 10. Os grupos de pressão. 11. A representação de interesses. 12. A democracia pelos partidos. 13. Crítica à democracia partidária. 14. A democracia cesarista. 15. A democracia semidireta. 16. Institutos de participação direta presentes na Constituição de 1988.

Leitura complementar: Robert A. Dahl, *Poliarquia*; Giovanni Sartori, *The theory of democracy revisited*; meus *A democracia possível*, *A reconstrução da democracia* e *A democracia no limiar do século XXI*.

1. OS TIPOS DE DEMOCRACIA

Vários são os tipos de democracia que a doutrina distingue. Ou, em outras palavras, vários são os sistemas pelos quais se procura realizar o ideal de fazer coincidir, no máximo possível, os governantes e os governados. Isto para que todo ser humano continue livre no Estado, sujeitando-se a um poder de que também participe.

Desses tipos dois podem ser ditos puros: a chamada *democracia direta* e a denominada *democracia indireta*. Outro é misto como a designação sugere: *democracia semidireta*. Este, no entanto, pode ser considerado modalidade da democracia indireta, especialmente da democracia representativa.

2. A DEMOCRACIA DIRETA

A democracia direta, ou seja, aquela em que as decisões fundamentais são tomadas pelos cidadãos em assembleia, é uma reminiscência histórica ou uma curiosidade quase que folclórica.

Hoje, nenhum Estado pode adotá-la, já que não é possível reunir milhões de cidadãos, frequente e quase diuturnamente, para que resolvam os problemas comuns. Sem se falar na incapacidade de que sofre esse povo de compreender os problemas técnicos e complexos do Estado-providência.

3. O EXEMPLO ATENIENSE

O modelo de democracia direta foi Atenas.

De fato foi Atenas a inspiradora das lições que sobre a democracia escreveram os mestres helênicos e os grandes pensadores antigos. Tal decorre de dois fatos. O primeiro, haver sido a cidade de Péricles o mais importante centro que se governou democraticamente na Antiguidade. O segundo, haverem coincidido o período democrático e a época áurea da vida ateniense. Com efeito, a democracia ateniense durou cerca de dois séculos, das reformas de Clístenes (509 a.C.) à paz de 322

a.C., quando Antípatro impôs a transformação das instituições políticas. Ora, é esse o tempo em que lá viveram os grandes filósofos, como Platão (429-347a. C.), Sócrates (470-399 a.C.) e o próprio Aristóteles (384-322 a.C.), artistas como Fídias, morto em 431 a.C., estadistas como o citado Péricles (499-429 a.C.), e em que a economia e poderio atenienses atingiram o clímax. Assim, as instituições de Atenas fixaram o primeiro grande modelo de democracia, modelo esse que, pelo menos até os fins do século XVIII, foi considerado o único verdadeiramente democrático. Estabeleceram o padrão da democracia dita direta na linguagem de hoje.

O supremo poder na democracia ateniense era atribuído a todos os cidadãos. Nisso estava o ponto-chave para a qualificação de Atenas como uma democracia. 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 de cidadão que presumia a liberdade era hereditária, não cabendo senão a filho de atenienses, exceto atribuição a determinados estrangeiros dessa qualidade por decisão expressa da assembleia. Desse modo, o ateniense tinha de descender de quem o era ao tempo de Sólon. Com isso, o numeroso grupo de metecos, estrangeiros ou descendentes, que representavam importante fator da grandeza econômica de Atenas, era posto à parte de qualquer participação política, que, como era do tempo, também se negava às mulheres. Em razão disto, avaliam os historiadores que, no período democrático, Atenas, que tinha cerca de 200.000 habitantes, não contava com mais do que 10.000 ou 20.000 cidadãos. Igualmente, entre os cidadãos se sorteavam os que iriam exercer as magistraturas temporárias, bem como compor os tribunais, constituir, portanto, o que, *mutatis mutandis*, se chamaria modernamente Executivo e Judiciário.

Por força da identificação estabelecida entre a democracia e o modelo institucional ateniense, foi ela, por muitos séculos, considerada pelos pensadores políticos como própria apenas para Estados de exíguo território e pequeníssima população. Somente nestes, com efeito, era possível reunir em assembleia todos os cidadãos para que estes, após debate livre, tomassem as decisões políticas, votando, inclusive, a lei. Por isso, conquanto admirado, o modelo foi posto quase no rol das curiosidades até as revoluções liberais do último quartel do século XVIII.

Ainda como inviável, salvo nos pequeninos Estados, aparece a democracia desenhada no célebre livro de Rousseau, *Do contrato social*, publicado em 1762. Para o mestre genebrino, somente é legítimo o governo em que o supremo poder cabe à vontade geral, resultante dos votos de todos os cidadãos. Somente é legítima, pois, a democracia (direta). Entretanto, como não é em toda parte que podem os cidadãos reunir-se para deliberar, a democracia não é possível em qualquer Estado, o que o leva a preocupar-se com a dimensão ótima do Estado. E é também por isso que ele afirma, com certo desconsolo, que, “não sendo um fruto de qualquer clima, a liberdade não está ao alcance de todos os povos”.

Entretanto, já se gerava ao tempo de Rousseau um novo modelo democrático, destinado aos Estados de vasto território e grande população. Através da representação se iria construir uma forma de governo de que participaria todo o povo. Sente-se, aliás, a presença dessa ideia no próprio *Do contrato social*, pela oposição veemente que Rousseau manifesta à possibilidade de representação da vontade geral. “A soberania não pode ser representada, pela mesma razão que não pode ser alienada; ela consiste essencialmente na vontade geral e a vontade não se representa: ela é a mesma, ou ela é outra; não há meio termo”.

4. A DEMOCRACIA INDIRETA

A *democracia indireta* é aquela onde o povo se governa por meio de “representante” ou

“representantes” que, escolhidos por ele, tomam em seu nome e presumidamente no seu interesse as decisões de governo. O modelo clássico de *democracia indireta* é a chamada *democracia representativa*, que apresenta dois subsistemas: o puro, ou tradicional, e a democracia pelos partidos.

Não falta, inclusive, quem veja na *democracia semidireta* uma subespécie de *democracia indireta*.

Por outro lado, a *democracia plebiscitária*, ou *cesarista*, hoje inteiramente desacreditada, também se apresenta como *democracia indireta*.

5. A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

A democracia representativa provém do *governo representativo* que as revoluções liberais começaram a implantar pelo mundo, a partir do último quartel do século XVIII.

Esse governo representativo era um sistema imaginado para institucionalizar a forma aristocrática de governo. Visava a dar o efetivo exercício do poder à minoria dos mais capazes, eleitos pelo povo em geral. Esta era a intenção de Montesquieu ao lançar, n’*O espírito das leis*, as bases da representação e, mais tarde, de Siéyès, ao fixar definitivamente os seus traços, em plena Revolução Francesa. Este, aliás, claramente opunha o governo representativo, que propugnava, ao governo democrático, que lhe repugnava.

A base fundamental da representação é a ideia exposta por Montesquieu de que os homens em geral não têm a necessária capacidade para bem apreciar e conseqüentemente bem decidir os problemas políticos. Assim, no interesse de todos, essas decisões devem ser confiadas aos mais capazes, aos *representantes* do povo. Mas todo e qualquer homem tem a capacidade de identificar, no seu círculo de convívio, esses que são mais capazes. Por isso, a seleção desses representantes deve ser dada a todo o povo, que a estabelecerá por meio de uma *eleição* (observe-se que, para a doutrina política helênica, a eleição era um método aristocrático de seleção, enquanto o sorteio é que era considerado o modo democrático).

Quando de sua implantação, o governo representativo tinha efetivamente um caráter aristocrático. A seleção da minoria governante era feita também por uma minoria dentre o povo, por intermédio do sufrágio censitário. Este, com efeito, excluía os mais pobres de qualquer participação política, graduando o direito de votar e a elegibilidade para os demais, em função de seu grau de riqueza. Destarte, apenas os mais ricos tinham plena capacidade política. Disto é exemplo o sistema fixado na Constituição brasileira de 1824 (arts. 90, 45 etc.).

Com o passar do tempo, porém, alcançou-se o sufrágio universal. De fato, a partir do fim do século XIX, começou a ser abandonado o sufrágio censitário, passando os Estados a dar o voto e a elegibilidade a todos os homens. Aos poucos também conquistaram as mulheres esses direitos, conquanto na grande maioria dos Estados só os tenham alcançado em meados do século XX.

Ora, com o sufrágio universal, os representantes vieram a ser escolhidos por todo (ou quase) o povo. Tomou, por isso, o governo representativo um caráter democrático. Veio a ser chamado de *democracia representativa*. Um tipo de democracia em que o povo se governa indiretamente, por intermédio de representantes que elege.

Muito longe, portanto, está a democracia representativa do que Aristóteles e os antigos entendiam por democracia. Com efeito, a maioria não exerce efetivamente o poder, já que não decide sobre os problemas concretos do governo. Sua influência é intermitente, pálida até, pois se limita à eleição de governantes.

6. A REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

A chave da democracia representativa é obviamente a representação. Merece esta, portanto, que se alongue o seu estudo.

Na verdade, a *representação* — esse vínculo entre os governados e os governantes pelo qual estes agem em nome daqueles e devem trabalhar pelo bem dos representados e não pelo próprio — constitui um dos mais difíceis problemas do Direito Público e da ciência política.

A representação é anterior à democracia moderna. Os Estados Gerais, as Cortes etc. fornecem disso prova clara. Nestas assembleias medievais, todavia, os representantes eram meros porta-vozes das comunidades que os designavam. Recebiam destas um *mandato imperativo*, assimilável ao mandato de Direito Privado, pelo qual transmitiam a vontade dos representados sobre assuntos previamente determinados.

A representação moderna, fundada, como se viu, numa lição de Montesquieu e, depois, estruturada por Siéyès, tinha outro alcance. Era, como ainda é, um modo de compor o governo, dando aos escolhidos a decisão sobre os meios e modos de realizar o bem geral.

Esta colocação, de nítido caráter aristocrático, tem um notório fundo político, em sua origem. Traduzia no século XVIII o temor da burguesia em relação a um governo em que o número, portanto a plebe, diria a última palavra.

Esse horror à plebe, essa desconfiança em relação à massa, é a mola oculta que levou Siéyès a formular a sua célebre teoria. Segundo este, o supremo poder cabe não ao povo, conjunto dos homens vivos num determinado instante em determinado território, mas à *nação*, entidade abstrata, personalização dos interesses permanentes e profundos das gerações em sucessão. A nação é que é representada, não o povo. Este deve ser chamado a votar mas, ao fazê-lo, age como órgão da nação para a escolha dos representantes da nação. O eleitorado exerce, pois, uma função para o soberano: escolhe aqueles indivíduos cuja deliberação, singular ou coletiva, formula a vontade de nação soberana.

Essa teoria resulta na soberania do Parlamento e justifica a irresponsabilidade do eleito em relação aos eleitores, princípios registrados nas Constituições de cunho liberal ainda hoje.

7. NATUREZA JURÍDICA DA REPRESENTAÇÃO

A representação envolve em primeiro lugar um grave problema jurídico. Qual é a natureza dessa ligação entre povo e representante, entre eleitor e eleito, entre o que escolhe, mas obedece e o que é escolhido, porém manda?

A primeira resposta é a da teoria do *mandato*. Entre o eleitor e o eleito haveria uma relação assimilável à existente no Direito Privado entre mandante e mandatário.

Entretanto não se pode assimilar o *mandato representativo* ao mandato do Direito Privado. O mandatário-representante não está, como o procurador, adstrito a seguir as instruções do mandante. Nem pode ser a qualquer tempo destituído ou substituído, nem tem contas a prestar, salvo moralmente, a quem o constituiu, ao conjunto de cidadãos. Nem age em nome apenas dos que nele votaram mas em nome de todos e do todo, o povo ou nação.

Tão frouxa é, pois, a relação que, de modo mais realista, outra teoria — a da *investidura* — procura interpretá-la. O representante não recebe da escolha popular, da eleição, um mandato propriamente dito. Prova disso é a proibição do *mandato imperativo*, a proibição de o representante

aceitar dos que o designam instruções vinculantes, como ocorria com os mandatários nos Estados Gerais da monarquia francesa — proibição essa universal.

Da eleição resulta que o “representante” recebe um poder de querer, é investido do poder de querer pelo todo, torna-se a vontade do todo. A eleição, a escolha do representante, é, portanto, uma atribuição de competência. Nada o vincula, juridicamente, à vontade dos eleitores. No máximo, reconhece-se que a moral e o seu próprio interesse o impelem a atender os desejos do eleitorado. A moral porque a eleição não se obtém sem promessas... O próprio interesse porque o tempo trará nova eleição...

Mas não se olvide que o representante, no posicionamento clássico, foi escolhido porque é mais capaz do que seus eleitores. Sabe ele melhor do que estes qual é o interesse de todos inclusive dos eleitores que dele discordam.

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, motivo por que será estudada mais adiante.

8. OS PARTIDOS POLÍTICOS

Com a reiteração das eleições reclamadas pelo governo representativo, criaram-se as condições que levaram ao aparecimento do partido político. Observe-se que a doutrina democrática não via, de início, e não viu por muito tempo, com bons olhos, o partido político. Isto é, o aparecimento de grupos organizados, instituídos para a disputa das eleições, com o objetivo de obter o poder.

Surgiram eles naturalmente, chamados pela necessidade de colher fundos para as campanhas eleitorais, de realizar a propaganda e o proselitismo, de apoiar a atuação de eleitos no sentido da ampliação de sua esfera de influência.

Os primeiros em data foram de orientação liberal. Não se dispunham a congregar o maior número possível de simpatizantes mas simplesmente pessoas influentes (os *notables*) ou ricas (estas últimas para alimentar, com polpudas doações, os seus cofres). Sua estrutura era frouxa, sua disciplina, frágil. Constituem o tipo que a ciência política chama de *partido de elite* ou de *quadros*.

Mas o sufrágio universal e a conseqüente participação da grande massa despreparada no processo político trouxeram o aparecimento de um outro tipo de partido: o *partido de massa*.

Este é uma invenção dos socialistas. Organiza-se para abranger o maior número possível de simpatizantes. Para tanto, espalha-se por toda a parte, criando onde puder núcleos de base (seções de bairro, células em indústrias), que se subordinam a núcleos mais altos de comando e orientação, até uma cúpula de comando em que culmina a hierarquia. Dessa estruturação advêm diversas conseqüências politicamente importantes. Uma, a possibilidade de, mais facilmente, realizar a doutrinação dos militantes, elevando-lhes o nível de cultura política e preparando-os melhor para uma ação externa, de proselitismo ou de mero ativismo. Outra, colher fundos vultosos, somando muitas pequenas contribuições periódicas. Terceira, facilitar a mobilização, seja para manifestações públicas, seja para a revolução almejada pelos radicais.

Este partido de massa revelou-se máquina política eficiente, motivo por que veio a ser imitado por grupos de ideologia não socialista. Assim pelos democratas cristãos e até pelos liberais, vindo a constituir o padrão moderno do partido político.

Hoje, de fato ou de direito, não é exagero afirmar que são os partidos que disputam, na Europa, na

América do Norte, as eleições. Sem a sua organização e seus fundos é difícil que um candidato possa eleger-se.

A experiência, porém, revela que os partidos oferecem riscos para a democracia. Por isso, boa parte da doutrina política os encara como um mal, embora necessário, para a democracia.

Um dos seus inconvenientes é o seu caráter oligárquico. Poucos os dominam e esses poucos por terem em mãos a formulação das opções eleitorais têm uma influência desproporcionada. Por outro lado são eles facilmente corrompidos pelo suborno ou comprados por “doações”.

Outro é o de poderem servir de ponta de lança para o poder econômico. De fato, precisando de vultosos recursos para a propaganda, mormente hoje com as técnicas sofisticadas que, ao mesmo tempo, reclamam e propiciam os meios de comunicação de massa, podem ser “comprados” pelos seus financiadores. E assim usados para a defesa de interesses particulares.

Enfim, a organização do partido de massa, comparável à de um exército, permite seja ele usado como máquina de guerra para a conquista do poder pela força. Esse mau uso foi dado à organização partidária, tanto por grupos de direita (fascistas na Itália, nazistas na Alemanha), como de esquerda (os comunistas).

9. PARTIDOS E OPINIÃO PÚBLICA

Os partidos políticos são, atualmente, o canal oficial por que se exprime a opinião pública, melhor dizendo, as diversas correntes de opinião.

Para bem apreender a significação disto, cumpre lembrar que os Estados contemporâneos são o que os sociólogos chamam de *grupos secundários*. Isto é, são grupos onde os contatos se estabelecem indireta e impessoalmente, ao contrário do que sucede nos grupos primários, como a família, onde esses contatos são face a face, diretos, imediatos e pessoais.

“Nos grupos secundários organizados — ensina Lambert (*Structure sociale et l’opinion publique, in L’opinion publique*) —, não só os condicionamentos diversos sofridos aumentaram as diferenças individuais, mas também a complexidade do grupo faz com que os problemas que se apresentam em seu nível não possam ser diretamente sentidos por todos os seus membros, ou de qualquer forma, se apresentam a cada um deles sob ângulo muito diverso” (p. 75-6).

Daí decorre que a opinião do grupo, a opinião “pública”, não se forma espontaneamente nem é unânime, ou quase. Ela é majoritária, tendo sempre pela frente opinião ou opiniões minoritárias.

A formação da opinião pública nos Estados contemporâneos é, assim, conformada ou guiada pelas técnicas de comunicação de massa, que informam, canalizam e, por fim, exprimem a “vontade” do povo.

É evidente que essa opinião pública — convergência de opiniões individuais — pode ser manipulada por quem controlar os instrumentos de comunicação de massa. Por isso, não é difícil a um governo totalitário tornar-se aos olhos do povo o mais democrático dos regimes, por fazer aquilo e só aquilo que o povo “quer”, isto é, aquilo que foi instilado nesse mesmo povo pela sua propaganda.

O monopólio dos meios de comunicação de massa — imprensa, rádio, televisão, cinema — é mortal para a verdadeira democracia. De fato, somente a informação contraditoriamente fornecida ao povo é que resguarda a possibilidade de sua decisão consciente. Nisso está um pressuposto fundamental da sinceridade da representação, que depende também de um controle da propaganda.

10. OS GRUPOS DE PRESSÃO

Por outro lado, os partidos políticos tendem a sublinhar na disputa eleitoral apenas questões genéricas, ideológicas. Para triunfarem nas eleições em grupos secundários complexos, como os Estados contemporâneos, devem eles encontrar uma bandeira bastante atraente para arregimentar homens de todas as classes, idades, sentimentos, tradições, preocupações. Necessariamente, essa bandeira tem de ser cambiante, seu programa, vago, abstrato. Dessa forma, os votos são concedidos em função de abstrações: liberdade, estabilidade, progresso, paz... que tocam o coração dos indivíduos mas que de pouco servem para guiar o governante nos problemas ordinários do *Welfare State*, que profundamente intervém na vida econômica e social.

Ora, raramente o deputado escolhido para representar a ideologia predominante num eleitorado é o mesmo homem que seria escolhido por seus eleitores, ou frações ponderáveis destes, para representá-los enquanto horticultores ou artesãos, enquanto operários ou industriais, junto aos órgãos de planejamento econômico e semelhantes. Assim o ideologicamente representado não se sente representado quanto a seus interesses econômicos, e não raro sociais, profundamente afetados pelo Estado-providência.

Num Estado politicamente organizado com “freios e contrapesos”, as opções meramente políticas, que enseja a representação puramente ideológica, repercutem mais lentamente sobre o indivíduo que as decisões governamentais em matéria econômica. O cidadão mais se preocupa com estas medidas, que afetam de pronto o seu modo de vida, do que com aquelas cujo efeito normalmente se dá a longo prazo.

Como a representação constitucional é representação de ideias, não sente o indivíduo representados os seus interesses. Para a defesa destes interesses, une-se ele em outros grupos, serve-se ele de outros instrumentos — os grupos de pressão.

O grupo de pressão é todo e qualquer grupo que procure influir no governo em defesa de um interesse. Não quer para si o governo, contenta-se com que este sirva a seus interesses. Não luta por ideias, salvo na medida em que estas se tornem interesses.

A multiplicação dos grupos de pressão “exclusivos” — os que são criados para a pressão apenas — é sintoma da falência dos partidos. Onde estes são fortes, como na Inglaterra, são eles frágeis. Todavia, a pressão provém também de grupos organizados para outros fins que não a ação sobre o governo, mas que são levados a ela para a defesa do que lhes toca de perto.

Instrumento de representação de interesses particulares, são os grupos de pressão extremamente perigosos para a democracia e para o bem comum. São, todavia, fruto inevitável da deficiente representação constitucionalmente organizada. Para a democracia são daninhos porque substituem à vontade geral vontades particulares. Para o bem comum, porque, além de servirem-se de todos os meios, bons ou maus, para alcançar seus fins afastam a consideração do interesse geral, para impor os interesses mais fortes, mais ricos, mais poderosos.

O Direito norte-americano, realisticamente convencido de não poder proscrevê-los, procurou neutralizar seus efeitos pela publicidade. Obriga, por isso, todo grupo que se dedicar a defender interesses junto aos membros do Congresso a registrar-se e a manter escrituração do que recebe e do que gasta. O Direito brasileiro começa hoje a reconhecê-los e discipliná-los. É o que decorre do Regimento Interno da Câmara dos Deputados onde se prevê o registro dos que se empenham no chamado *lobbying*. Norma que permanece letra morta.

11. A REPRESENTAÇÃO DE INTERESSES

A necessidade de uma representação dos interesses particulares (sem os riscos e a clandestinidade

dos grupos de pressão) ao lado de uma representação popular em vista do bem comum tem inspirado ora a criação de câmaras econômicas ou profissionais, de caráter corporativo ou não, ora a previsão de lugares no parlamento para grupos profissionais.

A Constituição brasileira de 1934, por exemplo, seguiu esta última orientação, conferindo uma representação a organizações profissionais distribuídas por quatro grupos, a saber, “lavoura e pecuária; indústria; comércio e transportes; profissões liberais e funcionários públicos” (art. 23), em paridade entre empregados e empregadores, salvo no que se referia à última categoria. Essa solução, todavia, é infeliz e inadequada. Os representantes de interesses misturam-se dessa forma aos representantes comuns em nada distinguindo-se destes, salvo quanto à sua origem. Assim não há verdadeiramente uma tutela dos legítimos interesses particulares enquanto se deturpa a representação de interesse geral.

O estabelecimento de uma câmara de representação de interesses é ideia que encontrou acolhida, sobretudo depois da difusão do corporativismo. O fato de que essa ideia tenha sido encampada pelo fascismo, veio, todavia, pô-la de parte, após a Segunda Guerra Mundial. Antes fora ela posta em prática, fora do fascismo, por exemplo, na Áustria, em 1934, quando se estabeleceu câmara destinada a representar as várias profissões e seus interesses. Depois de 1945 a Constituição iugoslava de 1953, que não pode ser acoimada de fascista, previu, ao lado do Conselho Federal, um Conselho dos Produtores, que reúne representantes eleitos da indústria, da agricultura e do artesanato, proporcionalmente à importância do grupo na produção total do país. Essa experiência é indubitavelmente interessante mas tem de ser devidamente apreciada, levando-se em conta a diferença de regime e de estrutura política.

Fica, pois, bem claro em face do acima exposto que a revisão da representação na democracia ocidental é imperativa. Uma representação de interesses particulares, uma representação do interesse geral no bem comum, são imprescindíveis. Sua simples justaposição, entretanto, é inútil.

12. A DEMOCRACIA PELOS PARTIDOS

Em fins do século XIX e no começo do século XX difundiu-se forte crítica contra a democracia representativa. Em síntese, esta crítica a acusava de não ser suficientemente democrática, de simplesmente estabelecer o governo dos eleitos sobre o povo que não teria real influência na orientação do poder.

Com efeito, o representante, por força das concepções de Siéyès, consagradas em todas as Constituições, não estava adstrito a quaisquer instruções que, porventura, lhe tivessem sido dadas por seus eleitores. Nem, igualmente, estava juridicamente obrigado a lhes prestar contas de seus atos. Aplicava-se, destarte, a todas as democracias representativas o que sarcasticamente dizia Rousseau da Inglaterra: “O povo inglês pensa ser livre, mas se engana muito; ele não o é senão durante a eleição dos membros do parlamento: logo que estes estão eleitos, é escravo, não é nada. Nos curtos momentos de sua liberdade, o uso que dela ele faz o torna merecedor de sua perda”.

Denunciando o caráter oligárquico da democracia representativa, cumpria formular outro modelo mais perfeito. Este começa a apontar no entre-duas-guerras, por influência de juristas como Kelsen, na corrente que Mirkine-Guetzévitch iria apelidar de racionalização do poder.

No partido político, foi que esse pensamento depositou a esperança de estabelecer uma democracia mais autêntica. Isto não deixava de, à primeira vista, surpreender. De fato, datavam de pouco as denúncias de que eram os partidos presa de oligarquias e fonte de influência oligárquica nas democracias representativas. O livro de Robert Michels, *Da sociologia dos partidos na moderna*

democracia, que tem por subtítulo “Ensaio sobre as tendências oligárquicas nas democracias modernas”, é de 1911, e ainda em 1919 fora traduzido para o francês. Igualmente, o trabalho de Ostrogorski, *La démocratie et l’organisation des partis politiques*, já tivera em 1901 a sua segunda edição.

Constituiu-se, então, o modelo da democracia partidária. É neste o partido político a peça essencial. O partido político, é certo, depurado de seus vícios. Com estrutura democrática, escolhidos pelas bases os seus dirigentes. Limpo de corrupção, com fontes puras de financiamento. De atuação permanente, contribuindo para a formação política do povo. De ideais democráticos, respeitoso dos demais partidos, devotado aos direitos fundamentais do homem. Buscando o poder pelo convencimento e pelo voto, jamais pela força.

Tal partido pasteurizado tem no modelo duas funções básicas. A primeira, estabelecer um programa exequível de governo. Não um conglomerado de ideias gerais apetitosas e grandiloquentes, mas um plano capaz de ser executado como política de governo. A segunda, selecionar pessoas que se disponham a fazer executar esse programa, caso eleitas, com a necessária eficiência.

Desempenhando os partidos adequadamente essas duas funções, as eleições perderiam o caráter de mera escolha de homens para governar, ganhando a dimensão de seleção entre programas de governo. A definição eleitoral importaria, conseqüentemente, na determinação de um programa a ser cumprido. Assim, o povo se governaria, ainda indiretamente, por fixar também a orientação do governo e não apenas designar os representantes que, livres de qualquer predeterminação, tomariam, em seu nome e em seu lugar, as decisões políticas. Nesse quadro, dois pontos avultam. Um, o fato de que os verdadeiros candidatos passam a ser os partidos com seus programas e não os indivíduos que postulam os cargos eletivos. Outro, o imperativo de fidelidade partidária. Com efeito, desmoronaria o sistema se o eleito não estivesse preso ao partido que o elegeu. A deliberação popular seria defraudada se o representante pudesse romper o compromisso com o programa que prometera fazer cumprir. Disso decorre que, em última análise, o titular do mandato é o partido, que o exerce por meio de homens que não passam de seus órgãos de expressão.

Este modelo tem um pressuposto político implícito, que é o bipartidarismo. Somente onde dois partidos disciplinados é que pesam, a decisão popular é clara e inequívoca em favor de um programa. Tal ocorre na Grã-Bretanha, outra vez inspiradora de modelo democrático, onde dois partidos principais disputam o poder em nome de programas definidos, que podem fazer cumprir dada a disciplina de seus eleitos, quando triunfam nas eleições parlamentares.

A adoção desse modelo iniciou-se no Brasil com a Constituição de 1946, mas se completou com a Constituição de 1967, em particular com a Emenda n. 1/69. Caracteriza-se ele pela inserção nas Constituições de normas que, definindo as funções do partido político, lhe concedem direitos, especialmente em matéria eleitoral e parlamentar, ao mesmo tempo que lhe conferem garantias. Tal se dá mormente na Lei Fundamental que rege, desde 1949, a República Federal da Alemanha, e também nas Constituições da Itália, de 27 de dezembro de 1947, da França, de 1958 (como já ocorria na de 1946) etc. (v., do Autor, *Os partidos políticos nas constituições democráticas*, Belo Horizonte, Ed. RBEP, 1966).

No Brasil, vem o estatuto no art. 17 da Constituição (v., *infra*, o Cap. 14, n. 7).

Resulta desse modelo o chamado mandato partidário. Como os partidos disputam o poder para a realização de uma orientação geral, de uma “política”, os eleitos, os “seus” eleitos, normalmente o foram por causa “política”, para servi-la. Desse modo, os “mandatos” pertencem ao partido e seus titulares devem obedecer à disciplina deste, sob pena de serem destituídos e substituídos. É a

fidelidade partidária.

Essa solução é a que defluiu da célebre lei eleitoral tchecoslovaca de 1920, a qual fazia perder o mandato a todo parlamentar indisciplinado, que deveria ser substituído por outro do partido. Tal solução é, contudo, perigosa, devido ao caráter normalmente oligárquico dos partidos. De fato, fortalece ela o círculo estreito dos dirigentes.

13. CRÍTICA À DEMOCRACIA PARTIDÁRIA

É preciso, contudo, salientar que o modelo da democracia pelos partidos longe está de ser inatacável. Pondo-se de lado objeções concernentes à sua inadequação em face do caráter de certos povos, os estudiosos da Ciência Política moderna levantam sérias dúvidas quanto à sua viabilidade.

Esse modelo somente representaria um aperfeiçoamento se, realmente, os partidos pudessem estabelecer programas suficientemente precisos para que sirvam de guia à ação governamental. Então se poderá dizer que a maioria eleitoral tem por consequência a definição de uma política. Do contrário, a preferência por este ou aquele agrupamento não significará mais do que uma mera e vaga inclinação.

Ora, tal não tem ocorrido em parte alguma. Nem é provável que suceda. E por força da natureza das coisas, muito mais do que em decorrência da má vontade ou da malícia dos homens.

Isto resulta do fato já apontado de que os Estados se estruturam sobre sociedades que são grupos secundários.

Decorre disso que os indivíduos que a compõem não recebem a mesma formação nem vivem nas mesmas condições. Daí não sofrerem nem encararem do mesmo modo os problemas que surgem no dia a dia. As diferenças individuais, somadas às trazidas pela educação, pela divisão do trabalho, pela vinculação a classes sociais, separam os homens em grupos diversos, cujos interesses imediatos se contrapõem quando não estão de tal forma afastados que deixam de ser percebidos por vastas camadas da população. Disto resulta que os problemas concretos que afligem diretamente certos grupos são ignorados pela maioria, que com eles não se sensibiliza, enquanto sua solução importa em ferir outros interesses de grupos que a eles se antagonizam.

Assim, sendo imprescindível para os partidos obter o máximo de votos, têm eles de procurar o que soma e não o que divide. Portanto, o partido consciente de seu próprio interesse eleitoral tem de estabelecer o seu programa em torno de generalidades e questões de princípio que agradam e atraem, e nunca em função de opções que desagradam e geram oposição. Daí darem eles, em seus programas, preferência a questões abstratas e ideológicas, as quais, o mais das vezes, nada significam para a solução de problemas concretos. Como diz Karl Loewenstein, os programas partidários têm de ser “amplos e suficientemente indefinidos para acomodar todos os interesses; não podem (os partidos) abertamente favorecer a uns em detrimento de outros” (*Political power and the governmental process*, 2. ed., Chicago, Ed. Chicago Press, 1965, p. 351).

A consequência disso é inexorável. Tira-a, no estudo citado, o citado Lambert: “Já que a opinião pública não pode ser agrupada senão sobre problemas irrealis, é preciso que as decisões políticas sejam tomadas fora da opinião pública” (*Structure sociale et l’opinion publique*, in *L’opinion*, cit.). Desmorona-se com isso a esperança de fazer da eleição não apenas a escolha de governantes, mas também a da política de governo. Este, por necessariamente vagos os programas, vai tomar suas decisões segundo parâmetros não submetidos à aprovação popular. Como no modelo da democracia representativa tradicional.

Assinale-se, por outro lado, que os meios de comunicação de massa desencadearam um fenômeno de personalização do poder. Tornando de todos conhecida a imagem dos governantes, permitindo que estes se dirijam, como que imediatamente, a todos, têm eles ensejado que prevaleçam as personalidades e seu carisma sobre as ideias e os programas. Isto igualmente milita contra o modelo da democracia partidária (v., *infra*, Cap. 14, n. 7).

14. A DEMOCRACIA CESARISTA

Forma, pretendidamente de democracia indireta, é a *democracia plebiscitária*, ou *cesarista*.

Consiste esta em o povo conferir o poder a um homem, que em geral o consulta diretamente sobre medidas de importância capital. O caráter indireto do regime é assim temperado.

A “democracia” plebiscitária foi posta em prática por Napoleão I, imitada posteriormente por Napoleão III e Hitler, entre outros. Teoricamente o seu caráter democrático é sustentável: o poder vem do povo como vem do povo o dos parlamentares ou do presidente. Na realidade, porém, sempre foi ela uma ditadura disfarçada pelo chamamento das massas a referendar entusiasticamente as decisões do homem forte. Esse resultado é obtido de um lado pelo controle da propaganda que opera num único sentido, de outro pelo que os psicólogos chamam de “horror ao vazio”. Todo povo posto diante da escolha entre alguma ordem e o caos, a incerteza, opta por essa ordem qualquer. Destarte, sempre diz *sim* ao César. Por outro lado, em tal regime não há freios nem limites ao poder do chefe, já que o mesmo, pela invocação do voto das massas, pode a qualquer instante superar os existentes.

As eleições presidenciais, nas repúblicas latino-americanas, não raro adquirem esse caráter plebiscitário. Tal é fruto principalmente do caudilhismo demagógico que encontra fácil acolhida neste continente.

15. A DEMOCRACIA SEMIDIRETA

Procurando temperar a hegemonia parlamentar na democracia representativa — a soberania do parlamento — que pode tornar oligárquico o regime, certas Constituições, como a suíça, procuram assegurar ao povo a possibilidade de intervenção direta na tomada das decisões políticas. Estabelecem, assim, a *democracia semidireta*, que, embora seja basicamente representativa, é direta na medida em que o povo participa de modo imediato de certas decisões. Em geral essa participação se dá pela *iniciativa legislativa popular* e pelo *referendum* (ou seja, dando-se ao povo o poder de diretamente propor ou aprovar medidas legislativas e até normas constitucionais).

Como em toda parte em que esta participação popular direta se admite, ainda assim os rumos do poder são ditados pelos representantes, parece acertado vê-la como modalidade de democracia representativa.

16. INSTITUTOS DE PARTICIPAÇÃO DIRETA PRESENTES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Adotou a atual Lei Fundamental institutos de democracia semidireta — plebiscito, referendo e iniciativa popular, hoje regulamentados pela Lei n. 9.709/98.

Ocorre frequentemente o emprego indiscriminado dos termos plebiscito e referendo para designar qualquer tipo de consulta direta ao povo ou toda modalidade de decisão popular.

O debate doutrinário visando a uma conceituação precisa para evitar confusões entre os dois termos

do vocabulário jurídico acabou fixando o entendimento de que o *plebiscito* seria uma consulta extraordinária e excepcional exprimindo a opinião popular sobre medidas de base ou de princípio, tais como forma de Estado ou de governo, modificação das formas políticas, decisão acerca de mudanças de natureza territorial etc.

Já o referendo consubstanciaria o poder de aprovar as leis. Seria a decisão popular sobre lei discutida e votada pelos representantes do povo. O cidadão, ao votar sim ou não a respeito do projeto oriundo do Parlamento, daria aceitação ou rejeição à medida legislativa proposta.

Várias são as espécies de referendo. Pode ele ser constituinte ou legislativo conforme a matéria submetida à apreciação popular seja Emenda à Constituição ou lei ordinária.

O referendo pode produzir efeito constitutivo, se a norma é aprovada e passa a existir, ou efeito abrogativo, se resulta na extinção de sua vigência.

Quanto à natureza jurídica, pode-se também chamá-lo referendo obrigatório e facultativo, conforme se determine na Constituição que a norma provinda do órgão legislativo seja submetida à apreciação popular ou se defira a parcela da comunidade ou a algum órgão o poder de requerer a consulta dos eleitores.

Finalmente, no que concerne ao momento de sua realização, classifica-se o referendo em *ante legem* ou *post legem*. O primeiro se realizaria antes da edição da lei, enquanto o segundo se seguiria à aprovação do Parlamento para confirmar ou tolher a aprovação da lei.

A iniciativa popular consiste no poder conferido a parcela do eleitorado para propor direito novo (para apresentar projeto de lei).

Distinguem-se duas formas de iniciativa: a não formulada e a formulada.

Esta consiste na apresentação de projeto popular ao órgão legislativo, num texto em forma de lei, redigido de maneira articulada, pronto para ser submetido à discussão e deliberação. Pela iniciativa não formulada apresenta-se um documento contendo a matéria e as diretrizes gerais, cabendo ao Legislativo dar forma legal ao seu conteúdo.

Para alguns doutrinadores a iniciativa popular é o instituto de democracia semidireta que melhor atende aos interesses de participação na legislação. Porque, por vezes, pelo referendo se pode impedir uma legislação não querida, mas pela iniciativa se pode conseguir impor uma verdadeira orientação governamental, configurando uma participação popular mais efetiva.

O plebiscito está previsto, por exemplo, para a criação de novos Estados e de novos Municípios. Qualquer que seja o processo escolhido dependerá sempre de consulta prévia à população interessada (art. 18, §§ 3º e 4º).

Por plebiscito também se manifestou a população brasileira, em 7 de setembro de 1993, quanto à adoção da monarquia e do parlamentarismo, forma e sistema de governo (art. 2º do Ato das Disposições Transitórias).

Não estão previstas no texto constitucional as hipóteses e a disciplina do referendo, dependendo, portanto, de regulamentação legal. Contudo, prevê a disposição do art. 49, XV, a competência do Congresso Nacional para autorizá-lo, assim como convocar plebiscito.

As hipóteses de iniciativa popular serão examinadas adiante no capítulo do *processo legislativo*.

Capítulo 11

VALORES E FATORES CONDICIONANTES DA DEMOCRACIA

SUMÁRIO: 1. A unanimidade democrática. 2. Os valores básicos da democracia. 3. A opção liberal. 4. A democracia marxista. 5. A democracia providencialista ou social. 6. A concretização da democracia. 7. O pressuposto social. 8. O pressuposto econômico. 9. As condições da democracia. 10. Os sistemas eleitorais. 11. Preparação para a democracia e experiência.

1. A UNANIMIDADE DEMOCRÁTICA

O mundo é hoje unanimemente democrático. Todos os governos e todos os povos pretendem ser democráticos. Todos se declaram pela democracia e, não raro, se entredevoram pela democracia.

Essa unanimidade revela, sem dúvida, que só se aceita como legítimo o governo que provém do povo e que visa ao interesse geral. Entretanto, muito contribui para essa unanimidade a obscuridade inerente ao termo *democracia*. Muito diversas são as maneiras de se entender a *democracia*. Por isso, raramente se emprega o termo desacompanhado de um qualificativo. Contudo, a qualificação frequentemente acentua a obscuridade.

Se por toda a parte a democracia é hoje aclamada, em que medida não decorre isso da incerteza e da obscuridade que envolvem o seu conceito? De fato, são tantas, e tão opostas, as concepções de democracia que sempre se pode escolher alguma adequada à maneira de cada um pensar.

Como salienta Vedel, esse caráter fluido e fugidio que tem a ideia de democracia resulta de sua natureza compósita. A democracia, no plano da filosofia política, surge como um complexo de valores dos quais, segundo os gostos e conforme as ocasiões, ora se acentua um, ora outro.

2. OS VALORES BÁSICOS DA DEMOCRACIA

Fundamentalmente são dois valores que inspiram a democracia: *liberdade* e *igualdade*, cada um destes valores, é certo, com sua constelação de valores secundários. Não há concepção da democracia que não lhes renda vassalagem, ainda que em grau variabilíssimo. E pode-se até, conforme predomine este ou aquele valor, distinguir as concepções *liberais* das concepções *igualitárias* da democracia.

A liberdade de cada um e de todos é, assim, inerente à democracia. Que é, porém, a liberdade? É ela a ausência de constrangimento ou a adesão à inexorável marcha da História? Ela se conquista contra o poder, e contra os poderosos, alargando a esfera da autonomia individual, ou se conquista pelo Poder, por meio deste contra o mundo?

E a igualdade, outro dos sustentáculos da democracia? Resume-se ela na supressão dos privilégios juridicamente consagrados ou envolve a unificação do modo e da condição de vida de todos os homens?

Entre as teses extremadas sobre liberdade e sobre igualdade, muitas outras se inserem, do que decorre uma perplexidade natural. E entre todas essas teses a opção decorre da filosofia de vida, da cosmovisão que cada um mais recebe do meio cultural do que forma por sua própria razão e convicção.

3. A OPÇÃO LIBERAL

A primeira opção histórica, na época contemporânea, é a *liberal* que triunfa com as primeiras declarações de direitos e com as primeiras Constituições, ao tempo das revoluções francesa e americana.

Nessa concepção, a liberdade predomina sobre a igualdade, embora esta não seja esquecida. Lutando pela democracia, entendiam os revolucionários batalhar pela liberdade individual, tanto em relação ao Poder quanto em relação aos demais homens. Embora a liberdade dos homens na sociedade exija que o governo proceda de algum modo de sua vontade, mais importante é alargar e defender a esfera autônoma de cada um, para que todos sejam verdadeiramente livres, do que assegurar a todos participação no governo.

Numa lição que é célebre, Constant opôs a liberdade dos “*modernos*” à liberdade dos “*antigos*”. Esta caracterizada pela participação no governo, aquela pela autonomia da conduta individual.

Sem dúvida, combate-se pela igualdade também. Isto é, pela supressão dos privilégios feudais de que gozavam a nobreza e o clero. Só a igualdade jurídica — a igualdade perante a lei — é que então importava. Mesmo porque, já se pressentia, qualquer tentativa de igualização das condições de vida acarreta restrições à autonomia individual que acima de tudo se queria instaurar.

A opção *liberal* deflui de uma cosmovisão bem nítida e bem conhecida que é a *Weltanschauung* iluminista. Concebe esta o homem como um ser livre que encontra em si próprio a virtualidade da perfeição de que é capaz. Vive ele num mundo regido por leis naturais que, se não embaraçadas, estabelecerão a melhor das situações possíveis. Busca esse homem, por sua razão que é a medida de todas as coisas, a felicidade e o progresso que são potencialmente infinitos.

4. A DEMOCRACIA MARXISTA

Em oposição à democracia *liberal*, a corrente *igualitária* da democracia ganhou impulso com a difusão dos ideais socialistas e se exprime particularmente na chamada democracia marxista.

A igualdade é o valor preponderante. Não a mera igualdade perante a lei mas a igualdade no modo e nas condições de vida. A luta pela democracia é a luta pela igual satisfação de todas as necessidades de todos os homens.

Quanto à liberdade, esta é encarada de uma perspectiva determinista. Como é sabido, o marxismo pretende haver identificado leis que regem necessariamente a vida e o mundo: o materialismo dialético. Decorre desta filosofia que o homem tem o seu ser predeterminado pelas condições materiais da existência. A infraestrutura econômica insere os indivíduos em classes sociais que lhes condicionam o proceder. Ora, nesse quadro de ideias, o homem não é livre para conduzir-se contra tais leis; é livre se a elas adere a sua conduta. Em consequência, somente é livre, para o marxismo, aquele que se põe a serviço dessas leis, tais quais essa doutrina as registra, batalhando para que o proletariado assuma o poder.

Assim, a liberdade se reduz à participação, não se reconhecendo ao indivíduo uma esfera de autonomia posta fora do alcance do poder estatal.

5. A DEMOCRACIA PROVIDENCIALISTA OU SOCIAL

Num ponto entre essas duas opções, ponto esse que nem procura ser equidistante nem pretende ser uma superação dialética, situa-se a democracia *providencialista*, ou democracia econômica e social.

Nela predomina o valor liberdade, pois insiste em salvaguardar uma larga esfera para a autonomia individual. Todavia, reconhece essa democracia que a liberdade de todos só pode ser obtida pela ação do Estado. Mais ainda, que a liberdade é mera aparência se não precedida por uma igualização das oportunidades, decorrente de se garantirem a todos as condições mínimas de vida e de expansão da personalidade. Isto porque a liberdade humana é condicionada pelo meio econômico-social. Daí a intervenção do Estado nos domínios econômico e social.

A cosmovisão inerente a essa opção reconhece a fundamental liberdade humana e não ignora o condicionamento social que ela sofre. Se não admite que haja na História um sentido determinado, vê bem que as situações presentes condicionam as de amanhã. O homem faz a História mas não a amolda exclusivamente segundo seus caprichos. Seus ideais conformam o universo, respeitadas sempre as limitações estruturais da massa que modela.

Essa concepção providencialista é que vivifica hoje a democracia representativa em geral e a brasileira em particular. Daí decorre coexistirem nela 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).

6. A CONCRETIZAÇÃO DA DEMOCRACIA

A unanimidade democrática tornou tabu a discussão dos méritos e dos deméritos da democracia. Tal decorre de se haver dogmatizado que, se se parte do reconhecimento de que os homens são fundamentalmente livres e iguais entre si, o governo legítimo é aquele onde todos se governam. De fato, só neste se respeitaria a liberdade e a igualdade de cada um, de modo integral.

Mas, salvo exceções (v. g., a *Landsgemeinde* em cantões suíços) que acima de tudo são curiosidades históricas, a forma mais próxima do governo de todos por todos é o *governo de alguns, eleito por todos*. Dessa forma, todo governo é por natureza oligárquico, sendo democrático apenas e tão somente na medida em que a eleição dos governantes é deferida ao povo e se acompanha da escolha em linhas gerais da política que vai ser seguida. Na verdade, se apenas os homens que haverão de governar são escolhidos, poderá haver governo para o povo, não haverá governo pelo povo, ainda que indiretamente.

Essa “*democracia*” será, porém, praticável por qualquer povo, a qualquer momento, independentemente da circunstância histórica, da base econômico-social? O otimismo ingênuo dos homens de 1789 e a demagogia corruptora de hoje afirmam que sim. A realidade e a ciência, que não. A democracia tem seus pressupostos e suas condições.

7. O PRESSUPOSTO SOCIAL

Assim como o homem passa por várias fases no desenvolvimento físico e psicológico, assim como o homem leva tempo para firmar sua vontade e seu caráter, para aprender a ver e a raciocinar, para ganhar experiência e equilíbrio, também os povos não nascem maiores. Ora, como ensina Duverger, “a democracia é o regime dos povos maiores”.

Para que o indivíduo se possa governar por si no mundo, exige o direito universal que atinja uma certa idade que faz presumir o seu amadurecimento. Da mesma forma, para que um povo se possa governar, é preciso que atinja certo grau de maturidade que não se resume na maioria de seus membros, os eleitores.

O governo do povo pelo povo pressupõe em primeiro lugar um certo nível cultural (e não apenas

um certo nível de alfabetização) desse povo. Qual seja esse nível é difícil determinar, embora possível.

Tal nível implica, em primeiro lugar, que esse povo saiba ser possível mudar da rotina o seu destino, ou seja, é necessário que se liberte de comportamentos impostos por tradições e tabus que o induzam ao conformismo com sua situação. É preciso que, em segundo lugar, esteja livre de dominações tradicionais que o prendam a chefes como cliente, ou vassalo. É indispensável, em terceiro lugar, que tenha um mínimo de instrução que o habilite a compreender e apreciar a informação. Urge ainda que esse povo esteja de acordo sobre qual seja o governo legítimo. Cumpre também que tenha senso de responsabilidade, tolerância e respeito pelos dissidentes. Implica, enfim, que tenha um mínimo de experiência no trato da coisa pública.

8. O PRESSUPOSTO ECONÔMICO

Esse pressuposto social implica um pressuposto econômico. O amadurecimento social não pode existir onde a economia somente forneça o indispensável para a sobrevivência com o máximo de esforço individual. Só pode ele ter lugar onde a economia se desenvolveu a ponto de dar ao povo o lazer de se instruir, a ponto de deixarem os homens de se preocupar apenas com o pão de todos os dias. Inclusive porque o desenvolvimento econômico dispensa as desigualdades cujo peso assim se atenua.

A prova de que não pode existir verdadeira democracia, onde não se verificam esses pressupostos, não oferece dificuldade a quem observar as “democracias” deste mundo. Onde o povo realmente se governa, todos os pressupostos acima se identificam. Onde esses pressupostos não se encontram, ou o povo só se governa na aparência ou se governa com resultados desastrosos para os quais o remédio é a ditadura. E quem estudar a história dos países hoje profundamente democráticos verá que antes de esses pressupostos todos se verificarem, a democracia neles, ou não ia além da aparência ou era sacudida por graves crises periódicas.

9. AS CONDIÇÕES DA DEMOCRACIA

Afora esses pressupostos, para que um povo se governe é indispensável que certas condições estejam preenchidas. A primeira delas é gozar de informação abundante e, para que não seja doutrinado por noticiário deturpado, de informação neutra, ou contraditória. Se um juiz não pode sentenciar sem ouvir as partes, como poderá o povo escolher sem ouvir todos os lados?

Outra é usufruir de amplas liberdades públicas — direito de reunião, de associação, de manifestação etc. — sem o que seu pronunciamento não poderá ser livre.

10. OS SISTEMAS ELEITORAIS

A terceira é uma condição técnica: a existência de um mecanismo apto a receber e a transmitir sua vontade. Tal implica antes de mais nada um processo eleitoral impermeável à fraude e à corrupção. Implica um sistema de partidos.

Quanto ao sistema eleitoral, deve-se notar que fundamentalmente só existem duas formas de se escolher, pelo voto, o “governante”. Uma é a forma majoritária, pela qual se considera eleito quem mais votos receber. Outra é a proporcional, evidentemente imprópria para escolher os titulares de órgãos unipessoais, ou mesmo coletivos mas de poucos membros — pela qual são eleitos membros de um grupo para um órgão em proporção ao número de sufrágios que recebeu o grupo em relação ao total

apurado.

O sistema majoritário apresenta duas modalidades conforme a escolha se faça necessariamente num só turno ou possa passar por vários turnos. No primeiro caso, elege-se quem mais votos obteve, representem estes a maioria absoluta do eleitorado ou não. É esse o sistema britânico que tende a bipolarizar as forças políticas, conforme demonstrou Duverger (v. *Les partis politiques*).

No segundo caso, somente se elege quem, no primeiro ou nos primeiros turnos, obteve maioria absoluta mas — para que não se multipliquem ociosamente os turnos — no derradeiro, elege-se quem mais votos obtiver. Tal sistema várias vezes empregado nas eleições para a Câmara de Deputados francesa tende a interligar os partidos, embora não impeça a sua multiplicação. Politicamente é usado para impedir, ou dificultar, o triunfo dos extremistas, já que contra eles e, em geral, em torno de moderados, se unem todos os demais.

O sistema proporcional é criação relativamente recente, pois somente no século XX ganhou aceitação, embora desde a Convenção, em 1793, haja sido defendido. Busca este sistema retrair no órgão coletivo a diversidade de correntes populares, em proporção às forças de cada uma destas. Pressupõe partidos, pois sem estes não há meio de se mensurarem essas correntes. A proporcionalidade gera sempre a multiplicação de partidos que têm interesse a sublinhar os pontos de divergência, e não os pontos comuns, em relação aos outros.

Várias são as modalidades de representação proporcional quanto ao modo de se distribuírem as *sobras*. De fato, seria extremamente improvável que numa eleição a votação recebida pelos partidos permitisse sua reprodução perfeita na distribuição das cadeiras. Daí resulta a complexidade do sistema que implica repetidas operações nem sempre compreendidas pelo homem comum.

A importância do sistema de partidos para a caracterização do regime político é reconhecida de modo pacífico desde a obra magistral de Duverger (*Les partis*, cit.). Os partidos são necessários à democracia na medida em que, por meio deles, se processa a formação política do povo, na medida em que se formulam as opções, escolhendo homens capazes de executá-las, que serão submetidas à escolha de eleitorado. Sua formação deve estar suficientemente aberta para que novas ideias, novos programas possam chegar à escolha popular; sua ação deve ser livre para que possa preencher sua função.

Todavia, a multiplicidade extrema de partidos é inconveniente, pior, é contraproducente. Em primeiro lugar, porque esfarinha a vontade popular, impedindo a identificação da decisão do povo. Em segundo lugar, porque enfraquece o governo baseado forçosamente numa coligação contraditória. Em terceiro lugar, porque estimula as diversidades ideológicas e sublinha as divergências em vez dos pontos de contato. Destarte, é condição da democracia a existência de um sistema coerente de partidos: poucos e disciplinados para que a escolha seja clara e inequívoca, para que o governo aí escolhido tenha um programa insofismável a cumprir e força bastante para realizá-lo. Para que o cumprimento de seu programa possa ser acompanhado e medido pelo povo.

Enfim, diga-se de passagem, não é condição da democracia mas é de sua própria essência que do eleitorado e da elegibilidade só estejam excluídos os que não podem realmente participar conscientemente do governo, embora indireto.

De modo geral se tem admitido restrições ao voto em razão do nível de instrução e restrições à elegibilidade em função dos cargos ocupados.

11. PREPARAÇÃO PARA A DEMOCRACIA E EXPERIÊNCIA

Do que se disse, decorre que o povo tem de ser preparado para a democracia. Mas se disse também que para governar-se tem o povo de fruir de certa experiência no trato da coisa pública. Está aí um círculo vicioso?

De fato, só a experiência do autogoverno habilita o povo, em última análise, a autogovernar-se. Isso não significa, porém, que o autogoverno lhe deva vir todo a um só tempo. A extensão do autogoverno deve ser progressiva.

De modo geral, o governo local, a apreciação dos problemas e dos homens nas pequenas circunscrições é capacidade mais fácil de adquirir e menos perigosa de usar. Todo povo que se inicia no caminho da democracia deve passar por fase em que somente os assuntos locais estão em suas mãos. Para depois ter em mãos os regionais e afinal os nacionais.

Por outro lado, não é absurdo afirmar que somente àqueles em que se pode presumir amadurecimento é que se pode dar o governo. A progressiva extensão do sufrágio e conseqüentemente sua restrição inicial se justificam plenamente.

Sem dúvida, existe aí o perigo da perpetuação das oligarquias, o perigo de o interesse geral não ser atendido, como existe o risco de caos e do desgoverno, da demagogia quando a um povo imaturo se dá o próprio governo. Todavia, a transição do mínimo ao máximo de autogoverno pode ser estruturada e programada de tal jeito que a passagem de fase a fase, de plano a plano, se faça sem choques ou conflitos. A restrição da capacidade eleitoral em termos de nível de instrução fornece para isso um instrumento útil. De fato, tendendo esse nível a difundir-se e a elevar-se, a habilitação se generalizaria como que automaticamente. Claro que essa restrição em termos de instrução é apenas um meio prático já que não se pode confundir a capacidade política com a de ler, escrever e contar.

Por outro lado, se a democracia presume um ambiente de liberdades públicas, o exercício destas, quando dado de uma só vez a quem com isso não está acostumado, leva não raro a abusos. Muitos, com efeito, confundem liberdade com fazer tudo o que lhes apetece, sem levar em conta que a ordem pública é condição necessária do bem comum. Ora, como Dahl assinala no livro *Poliarchy*, as democracias estáveis do mundo contemporâneo são aquelas em que o povo primeiro se habituou com as liberdades públicas e depois veio a ter participação política. É tipicamente o caso da Grã-Bretanha, cujo povo veio a gozar das liberdades públicas desde o início do século XVIII e paulatinamente ganhou participação no governo, pela escolha dos membros da Câmara dos Comuns, em razão de sucessivas extensões do direito de votar, no século XIX, sendo que o sufrágio universal foi concedido apenas no século XX.

Seção 2ª

O SISTEMA POLÍTICO BRASILEIRO

SUMÁRIO: 1. O tipo de democracia. 2. Plano da Seção.

1. O TIPO DE DEMOCRACIA

A nova Constituição brasileira decididamente adotou o modelo semidireto de democracia.

A Constituição anterior preferiu uma democracia pelos partidos, chegando inclusive a consagrar, até a Emenda n. 25/85, a fidelidade partidária. O constituinte de 1987/1988 abandonou essa orientação, inclusive concebendo o partido como uma mera associação (v. adiante).

A Lei Magna em vigor manifesta a sua opção por uma democracia semidireta logo no parágrafo único do art. 1º: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Ora, como já se assinalou, ela prevê como instituições de participação direta o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular.

2. PLANO DA SEÇÃO

O estudo da democracia institucionalizada no Brasil deve partir do exame da participação individual. É pela participação individual, com efeito, que o poder emana do povo. Como esta participação tem, de modo geral, um pressuposto — a *nacionalidade* — o primeiro capítulo desta Seção será dedicado a esse tema. O segundo, à participação propriamente dita, com a análise dos *direitos políticos*. O último voltará a tratar dos *partidos*, a respeito dos quais já se fizeram referências nos capítulos anteriores.

Capítulo 12 A NACIONALIDADE

SUMÁRIO: 1. A nacionalidade. 2. O brasileiro nato e o naturalizado. 3. O estrangeiro no Brasil. 4. A aquisição da nacionalidade. 5. Modos de aquisição no Direito brasileiro. 6. Perda da nacionalidade.

1. A NACIONALIDADE

Por nacionalidade, compreende-se o *status* do indivíduo em face do Estado.

Em face do Estado, todo indivíduo ou é “nacional” ou “estrangeiro”.

O nacional é o sujeito natural do Estado. O conjunto de nacionais é que constitui o *povo* sem o qual não pode haver Estado. De acordo com o Direito Internacional Público o nacional está preso ao Estado por um vínculo que o acompanha em suas deslocções no espaço, inclusive no território de outros Estados.

O estrangeiro, que se define por exclusão aquele ao qual o direito do Estado não atribui a qualidade de nacional, é excepcionalmente sujeito a outro Estado, de acordo com o preceito também de Direito Internacional Público, segundo o qual cada Estado governa todos os que se encontram em seu território. Ocorre, todavia, que, deixando ele esse Estado, rompe-se qualquer vínculo que com este tenha mantido.

Durante longos séculos, o estrangeiro foi considerado como inimigo e não raro se lhe recusava qualquer direito. A identidade da natureza humana acabou por ser reconhecida e, mercê do estoicismo e do cristianismo especialmente, aos estrangeiros se foram reconhecendo direitos a ponto de se equipararem eles aos próprios nacionais, salvo quanto à participação no governo.

O art. 5º, *caput*, da Constituição brasileira assegura aos estrangeiros residentes no País paridade com os brasileiros no tocante aos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

2. O BRASILEIRO NATO E O NATURALIZADO

Do Direito brasileiro decorre a existência de duas classes de nacionalidade: a do nato e a do naturalizado (art. 12).

Rompendo com a tradição anterior de tratamento bastante discriminatório para o brasileiro naturalizado, a Constituição vigente ameniza em grande parte as distinções entre as duas classes, constantes da Constituição revogada.

Acrescente-se que a Constituição impede a criação de tratamento diferente para o naturalizado (art. 12, § 2º), enumerando taxativamente quais os cargos privativos de brasileiros natos (art. 12, § 3º).

Note-se que também é reservada a brasileiros natos a participação, como vogais, no Conselho da República (art. 89, VII).

3. O ESTRANGEIRO NO BRASIL

O Brasil não é hostil ao estrangeiro, mas nem por isso deixa de estabelecer — apesar do que diz o *caput* do art. 5º — muitas restrições de direitos aos que para cá vêm. Ressalve-se, todavia, a situação do português, que, sob condição de reciprocidade, é equiparado quanto a direitos ao brasileiro (art. 12, § 1º).

O art. 5º, XV, abre as portas do País a qualquer pessoa e a seus bens, em tempo de paz, permitindo que aqui entre, permaneça ou daqui saia, respeitados os preceitos da lei. Acontece que a lei regulamentar, o chamado Estatuto do Estrangeiro, dificulta sobremodo essa entrada, pelas exigências que faz.

Por outro lado, é óbvio que deve o governo defender-se contra o estrangeiro nocivo, expulsando-o, se preciso, do território nacional.

Muito já se discutiu, porém, a esse respeito. As Constituições de 1824 e 1891 não se referiam à expulsão, de modo que não faltaram juristas para sustentar que essa omissão significava proibição. A revisão constitucional de 1926 esclareceu a questão, prevendo expressamente a expulsão do estrangeiro e regulando a hipótese de seu cabimento, no que foi seguida pelas leis fundamentais posteriores.

A Constituição em vigor, como se depreende do art. 22, XV, admite a expulsão do estrangeiro. Prudentemente, porém, preferiu deixar a fixação das hipóteses em que ela cabe para a lei ordinária.

Permanece assim como pedra de toque para a distinção do estatuto do nacional relativamente ao do estrangeiro a expulsabilidade deste e a inexpulsabilidade daquele, reforçado esse entendimento pelo artigo da Constituição que veda o banimento (art. 5º, XLVII, *d*), bem como a possibilidade de extradição do estrangeiro e nunca do brasileiro nato (art. 5º, LI e LII).

Observe-se que o português goza de um estatuto privilegiado. Goza ele, sob a condição de reciprocidade, de todos os direitos do brasileiro, salvo as exceções fixadas pela própria Constituição.

4. A AQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE

A aquisição da nacionalidade por um ser humano é matéria de Direito Constitucional, por ser

inerente à organização fundamental do Estado.

O Direito comparado mostra que a atribuição da nacionalidade pelo ordenamento jurídico e consequentemente sua aquisição pelos indivíduos pode depender, ou não, da vontade destes: pode ser involuntária ou voluntária, nesse sentido.

A atribuição independentemente da vontade do que recebe se dá em razão do lugar do nascimento ou em razão da nacionalidade dos pais, ou de um deles. No primeiro caso, a nacionalidade é conferida a todos os que nasceram no território do Estado: é o critério do *jus soli*. No segundo, a nacionalidade é concedida ao descendente de nacional, embora o lugar do nascimento fique em território de outro Estado: é o critério do *jus sanguinis*. O primeiro critério é normalmente preferido pelos países de imigração enquanto o segundo o é pelos de emigração.

A atribuição dependente da vontade envolve sempre manifestação do consentimento de quem adquire essa nacionalidade. Essa manifestação pode ser, porém, expressa ou tácita. A expressa é a que transparece do pedido de naturalização. A tácita é a que decorre de não se opor o interessado à aquisição de nacionalidade por força do imperativo editado pelo Estado. Naquela há solicitação, nesta há aceitação de nacionalidade oferecida.

5. MODOS DE AQUISIÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O Direito brasileiro conhece a aquisição da nacionalidade por todos os modos acima.

O art. 12, I, *a*, da Constituição concede a nacionalidade brasileira a todos os nascidos no País. Abre exceção, todavia, para os que forem filhos de pais estrangeiros que estiverem a serviço de seu país.

O art. 12, I, *b*, a confere aos filhos de brasileiro ou brasileira, nascidos no exterior, estando o ascendente a serviço do Brasil.

O art. 12, I, *c*, que tinha tido sua redação alterada pela Emenda de Revisão n. 3/94, voltou a ser modificado, agora pela Emenda Constitucional n. 54/2007. Em razão desta, adquire a nacionalidade brasileira o filho de pai brasileiro ou mãe brasileira nascido no exterior que tenha sido registrado na repartição brasileira competente, ou que venha a residir no País e opte, a qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira. Isso independentemente de o ascendente estar no exterior a serviço do Brasil, pois se estiver, aplica-se o disposto na alínea *b* desse mesmo inciso.

O art. 12, II, admite a naturalização, desde que o interessado preencha os requisitos fixados em lei. Para os originários de países de língua portuguesa, considerados facilmente assimiláveis, esse dispositivo não admite que se lhe exija mais que “residência (no País) por um ano ininterrupto e idoneidade moral” (alínea *a*).

Ao estrangeiro que resida no País há mais de quinze anos ininterruptos o disposto no art. 12, II, *b*, facilita a naturalização, exigindo-lhe tão somente prova de que não tenha condenação penal.

6. PERDA DA NACIONALIDADE

Nos termos da Emenda de Revisão n. 3/94, pode-se perder a condição de brasileiro, em duas hipóteses.

A primeira, que só alcança o naturalizado, constante do art. 12, § 4º, I, se exercer atividade nociva ao interesse nacional. Neste caso deverá haver o cancelamento de sua naturalização, que somente poderá ser decretado por sentença judicial.

A segunda, que alcança tanto o brasileiro nato quanto o naturalizado, se adquirir outra nacionalidade, exceto se isto se der pelo reconhecimento de nacionalidade originária por Estado

estrangeiro na forma de sua legislação, ou se essa aquisição houver sido imposta para a sua permanência ou para o exercício de direitos civis em Estado estrangeiro. Assim, o direito brasileiro claramente admite a “dupla nacionalidade” e, quiçá, a múltipla nacionalidade de brasileiro, desde que isto não decorra da vontade livre deste.

Capítulo 13

OS DIREITOS POLÍTICOS

SUMÁRIO: 1. A cidadania. 2. A cidadania ativa no Direito brasileiro. 3. Aquisição e perda dos direitos políticos. 4. Suspensão e recuperação dos direitos políticos. 5. Elegibilidade e inelegibilidade. 6. Irreelegibilidade. 7. Incoerência. 8. A inelegibilidade na Constituição de 1988. 9. Inelegibilidades enunciadas no texto constitucional. 10. Inelegibilidades possibilitadas pelo texto constitucional. 11. Inelegibilidades que visam a prevenir abusos. 12. Inelegibilidades que visam a salvaguardar a moralidade e a probidade administrativa. 13. A situação do militar. 14. A impugnação de mandato eletivo.

1. A CIDADANIA

No uso de todos os dias, a palavra cidadão é empregada como sinônima de nacional. Será exato esse uso?

Para essa identificação há um fundamento, a inexistência, em muitos ordenamentos, de distinção entre nacional e cidadão, ambas as expressões designando pessoas com o mesmo *status*.

A distinção surge, e se desenvolve, na medida em que, admitido o indivíduo a participar do governo, essa participação não foi aberta a todos mas somente a parcela dos nacionais.

Dessa distinção resulta o emprego do termo cidadão para designar quem conta com direito a intervir no processo governamental, seja num regime democrático, seja num regime oligárquico.

Todavia, é largamente difundido, no Brasil, o uso da expressão cidadão para designar todo e qualquer nacional. Em realidade, a bem da clareza, se deve caracterizar a nacionalidade como um *status* cujo conteúdo só se esclarece por contraposição ao do estrangeiro. (No nosso Direito, basicamente, o nacional tem mais que o estrangeiro a inexpulsabilidade e a impossibilidade de extradição, se brasileiro nato, quanto a direitos, e o serviço militar, quanto a obrigações.) Por sua vez, a cidadania (em sentido estrito) é o *status* de nacional acrescido dos direitos políticos (*stricto sensu*), isto é, poder participar do processo governamental, sobretudo pelo voto. Destarte, a nacionalidade — no Direito brasileiro — é condição necessária mas não suficiente da cidadania.

A cidadania é, como se viu, um *status* ligado ao regime político. Assim, é correto incluir os direitos típicos do cidadão entre aqueles associados ao regime político, em particular entre os ligados à democracia.

Nas democracias como a brasileira, a participação no governo se dá por dois modos diversos: por poder contribuir para a escolha dos governantes ou por poder ser escolhido governante. Distinguem-se, por isso, duas faces na cidadania: a ativa e a passiva. A cidadania ativa consiste em poder escolher; a passiva em, além de escolher, poder ser escolhido. Essa distinção importa porque, se para ser cidadão passivo é mister ser cidadão ativo, não basta ser cidadão ativo para sê-lo também passivo.

Veja-se o caso do analfabeto, que inscrito como eleitor, se torna cidadão ativo, mas não se pode tornar cidadão passivo, por não ter elegibilidade.

2. A CIDADANIA ATIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Todo brasileiro pode ascender à condição de cidadão ativo, isto é, de eleitor. Para isto, é necessário que não esteja como conscrito realizando o serviço militar obrigatório, não esteja privado, temporária ou definitivamente, dos direitos políticos e tenha, no mínimo, dezesseis anos de idade. Preenchendo ele tais requisitos, pode-se inscrever como eleitor. Na verdade, o maior de dezoito, menor de setenta anos, é obrigado a inscrever-se como eleitor (art. 14).

Por força do art. 12, § 1º, o português pode inscrever-se como eleitor, caso haja reciprocidade desse direito com relação ao brasileiro.

Cabe, aqui, observar que a Constituição vigente encampou a restauração do voto ao analfabeto procedida pela Emenda n. 25/85 à Constituição de 1967. A restrição que perdurava desde a República remanesce suprimida. Tal abolição passou sem maior exame. Certamente muitos nela veem uma forma de promoção do analfabeto a ser humano e brasileiro; entretanto essa medida não contribui para a melhoria do nível do eleitorado. Verdade é que, hoje, em razão dos meios audiovisuais de comunicação de massa, o nível de informação do analfabeto, pelo menos nas regiões mais desenvolvidas do país, não é inferior ao do semialfabetizado, ou do alfabetizado, que pouco ou nada lê: assiste à televisão...

Inovou, contudo, o constituinte ao prever o voto do menor de dezoito e maior de dezesseis anos de idade, ainda que em caráter facultativo.

Trata-se de uma imprudência e de uma incoerência. Aquela, dada a imaturidade do jovem de dezesseis anos. Esta, dado o fato de que a maioria civil e a penal surgem aos dezoito anos.

3. AQUISIÇÃO E PERDA DOS DIREITOS POLÍTICOS

Os requisitos acima apontados para a aquisição da condição de eleitor são os requisitos para a aquisição dos direitos políticos, em sentido estrito. Com efeito, não se olvide que a condição de eleitor (cidadania ativa) é pressuposto da elegibilidade (cidadania passiva).

Embora previsto em caráter de exceção, no novo texto, pode, todavia, o brasileiro vir a ser privado dos direitos políticos, temporária ou definitivamente. Neste último caso fala-se em perda dos direitos políticos.

A perda — a privação definitiva —, nos termos do art. 15 da Constituição, decorre:

- 1) do cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;
- 2) da escusa da consciência, ou seja, da recusa em cumprir com obrigação, encargo ou serviço impostos pela lei aos brasileiros em geral, ou em satisfazer os deveres que a lei estabeleceu em substituição àqueles (v. arts. 5º, VIII, e 143, § 1º).

4. SUSPENSÃO E RECUPERAÇÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS

A privação temporária dos direitos políticos, impropriamente chamada “suspensão”, decorre de:

- 1) incapacidade civil absoluta (art. 15, II) decretada pelo Judiciário, conforme a jurisprudência;
- 2) condenação criminal (art. 15, III), enquanto perdurarem os seus efeitos. Contra o texto claro desse dispositivo constitucional, julgados há que entendem suspender o *sursis*, não só a execução da

pena, também a privação dos direitos políticos. Na verdade, a suspensão da execução da pena não apaga os efeitos da condenação. Ora, se estes perduram, não se deve negar que acarretariam a privação dos direitos políticos;

3) improbidade administrativa nos termos do art. 37, § 4º.

As pessoas privadas dos direitos políticos podem recuperá-los. Se essa privação for a dita definitiva, ou perda, dependerá do cumprimento de exigências legais. Se for a privação dita temporária, ou “suspensão”, a recuperação se fará automaticamente, pelo desaparecimento de seu fundamento ou pelo decurso do prazo.

Perda e suspensão dos direitos políticos têm os mesmos efeitos. Daí decorre logicamente que a perda ou a suspensão acarretam a perda dos cargos que não possam ser preenchidos por quem não for cidadão, bem como dos mandatos representativos.

5. ELEGIBILIDADE E INELEGIBILIDADE

A elegibilidade (cidadania passiva) exprime a segunda faceta do princípio democrático. Dela não goza o analfabeto. Ela só se torna plena aos 35 anos, pois até essa idade o brasileiro não pode ser eleito para a presidência e vice-presidência da República e para o Senado. Em sua plenitude não a alcançam jamais os naturalizados, pois se reservam determinados mandatos (e certos cargos) ao brasileiro nato (v. art. 12, § 3º). O português equiparado usufrui de situação igual ao brasileiro naturalizado, caso haja reciprocidade.

A elegibilidade pode ser, todavia, suspensa temporariamente, por motivo relevante, com relação a determinados cargos. Diz-se então inelegível o cidadão que, embora esteja no pleno gozo dos direitos políticos, está impedido, por uma razão relevante, de postular temporariamente um determinado cargo eletivo.

A inelegibilidade é uma medida destinada a defender a democracia contra possíveis e prováveis abusos. Em sua origem, na Constituição de 1934, aparecia ela como medida preventiva, ideada para impedir que principalmente os titulares de cargos públicos executivos, eletivos ou não, se servissem de seus poderes para serem reconduzidos ao cargo, ou para conduzirem-se a outro, assim como para eleger seus parentes. Para tanto, impedia suas candidaturas, assim como a de cônjuges ou parentes, por um certo lapso de tempo (art. 112).

A Constituição de 1946 não tornou inelegíveis senão aqueles que, pelos cargos que ocupavam ou por suas funções, teriam possibilidade de exercer influência indevida nos pleitos, em benefício próprio ou de familiares que eram também colhidos pela inelegibilidade (art. 139).

É claro, pois, que as inelegibilidades visavam apenas a impedir o abuso de cargos públicos.

O direito posterior não abandonou essa orientação, mas estendeu a inelegibilidade a outras situações.

6. IRREELEGIBILIDADE

Pode ser aproximada a irreelegibilidade da inelegibilidade. Na verdade, a irreelegibilidade pode ser considerada uma espécie de inelegibilidade.

Tradicionalmente, o direito brasileiro consagrava a irreelegibilidade dos Chefes de Executivo. Esta regra, na verdade, jamais foi quebrada em toda a história republicana. De fato, Getúlio Vargas, que parece ser a exceção, rigorosamente não o foi. Realmente, de 1930 a 1934 foi Chefe do Governo Provisório; de 1934 a 1937, Presidente da República; e de 1938 em diante (até 1945) foi Presidente

também, não, todavia, em razão de reeleição, mas de golpe de Estado que levou à promulgação da Carta de 1937.

A Emenda Constitucional n. 16/97 veio a admitir a reeleição, mas apenas para o período imediatamente subsequente — um período, pois.

Tal Emenda deu nova redação ao art. 14, § 5º, da Constituição vigente, permitindo que o Presidente da República, o Governador de Estado ou do Distrito Federal e o Prefeito possam reeleger-se para o período subsequente.

7. INCOERÊNCIA

As autoridades acima mencionadas podem reeleger-se sem sequer se afastarem do exercício do cargo no período imediatamente anterior à eleição. Entretanto, por força do art. 14, § 6º, se almejarem outro cargo, por exemplo, o de Senador, ou de Deputado, terão de renunciar ao cargo que ocupam, “até seis meses antes do pleito”.

Existe aí uma incoerência chocante. Se há o risco de abuso no exercício de cargo por parte do Chefe de Executivo que pretender outro cargo, o que justifica a regra do § 6º — a necessidade de renúncia até seis meses antes do pleito —, igualmente este risco existe na hipótese de a autoridade pretender reeleger-se.

Onde fica a lógica?

8. A INELEGIBILIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição em vigor adotou a técnica de enunciar algumas hipóteses de inelegibilidade, prevendo a possibilidade de lei complementar enunciar outras, no campo que indica.

9. INELEGIBILIDADES ENUNCIADAS NO TEXTO CONSTITUCIONAL

São hipóteses de inelegibilidade previstas no próprio texto constitucional:

a) Não possuir *domicílio eleitoral na circunscrição* (Constituição, art. 14, § 3º, IV).

Ter domicílio eleitoral significa formalmente estar inscrito como eleitor na circunscrição na qual se vai postular a eleição. Mas tal inscrição deve ser feita no local do domicílio real da pessoa, de modo que se considera fraude inscrever-se noutra circunscrição apenas para ganhar elegibilidade.

b) Não ter *filiação partidária* (Constituição, art. 14, § 3º, V).

O modelo de democracia consagrado pela Lei Magna canaliza por meio de partidos a participação política. Assim quem não estiver vinculado a partido não pode ser candidato.

c) Ser analfabeto (Constituição, art. 14, § 4º). O analfabeto, desde a Emenda n. 25/85 à Constituição anterior, tem o direito de voto — a cidadania ativa — mas lhe é recusada a elegibilidade. A razão é que não se considera seja o analfabeto, na generalidade dos casos, apto a exercer as funções de parlamentar ou de governante.

d) Ser titular de determinados cargos (Constituição, art. 14, § 6º).

É a incoerência logo acima analisada.

e) Ter vínculos pessoais com quem seja titular de determinados cargos, ou os haja exercido num determinado período (Constituição, art. 14, § 7º). (Com a exceção mencionada no item 6.)

Deriva esta inelegibilidade do temor de que, em razão de tais vínculos, sejam candidatos beneficiados pela atuação do ocupante de elevados cargos públicos, o que prejudicaria a lisura do pleito.

Note-se que, se a pessoa for titular de mandato eletivo e se propuser a disputar a reeleição, não é ela colhida pela inelegibilidade.

10. INELEGIBILIDADES POSSIBILITADAS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL

O § 9º do art. 14 da Constituição permite que lei complementar amplie os casos de inelegibilidade. Isto, porém, é condicionado por finalidades que aponta e em campos de atividade que indica. Quer isto dizer que a fixação de tais casos é excepcional e não pode ser arbitrariamente estabelecida pela lei complementar necessária.

As finalidades que condicionam o estabelecimento dessas inelegibilidades podem ser enquadradas em duas categorias.

11. INELEGIBILIDADES QUE VISAM A PREVENIR ABUSOS

Uma é a das inelegibilidades que visem a assegurar a “normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico e o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

Na verdade, as duas finalidades no fundo envolvem abuso: abuso de poder de ocupantes de certas posições na administração pública; abuso (influência abusiva) do poder econômico — especialmente do uso de meios financeiros — no processo eleitoral. Entretanto, pode presumir-se o abuso e assim preventivamente impedir a participação no processo eleitoral de quem poderia abusar? É possível presumir que alguém abusará do poder que detiver? Não seria melhor considerar causa de perda do mandato tal abuso quando verificado na realidade?

Observe-se que, ao menos no tocante ao abuso de poder econômico, a Constituição marcha no sentido apontado. De fato, no parágrafo seguinte (§ 10), ela prevê uma ação visando à perda do mandato, em casos de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

12. INELEGIBILIDADES QUE VISAM A SALVAGUARDAR A MORALIDADE E A PROBIDADE ADMINISTRATIVA

Este é o caso das inelegibilidades estabelecidas “a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato”.

A intenção é clara e louvável: trata-se de impedir que disputem eleições — e por estas se elejam — pessoas cujo passado — a vida pregressa — sugira que ameacem a probidade administrativa e a moralidade.

Entretanto, uma grave indagação se levanta. Se tais pessoas tiverem sido condenadas, no cível ou no criminal, por ações que importem em improbidade administrativa, elas terão sofrido a sanção legal devida, que envolve a suspensão de direitos políticos. De fato, a Constituição, no art. 37, § 4º, prevê que os atos de improbidade administrativa acarretarão a suspensão dos direitos políticos. Esta, ademais, é prevista quanto a delitos no art. 15, III, da Constituição. Ora, aplicar-lhes a inelegibilidade para um período que vai além do período de suspensão de direitos políticos parece abusivo. Tratar-se-

ia de uma extensão da “pena”, quiçá fazendo-a perpétua.

Se, todavia, essas pessoas não sofreram condenação em juízo, é de se presumir a sua inocência. Trata-se de norma inscrita entre os direitos fundamentais (Constituição, art. 5º, LVII).

É certo que este texto fala em condenação criminal, mas, ao fazê-lo, não estará pressupondo que o mesmo se dê quanto a condenações cíveis?

Sim, porque a sanção penal é evidentemente mais grave que a sanção civil.

Estas questões certamente são a razão de até hoje não haverem sido editadas essas inelegibilidades para salvaguardar a moralidade e a probidade administrativa, o que é de lamentar.

13. A SITUAÇÃO DO MILITAR

Com a Constituição de 1988, apenas os conscritos continuam sem o voto e a elegibilidade.

Hoje o militar alistável é elegível. Se contar mais de dez anos de serviço deverá ser agregado pela autoridade e, se eleito, passa para a inatividade. No caso de contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade.

14. A IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO

Buscando punir atos contrários à legitimidade do pleito, especificamente atos de abuso do poder econômico, corrupção (compra de votos, sobretudo) e fraude, a Constituição prevê, no art. 14, § 10, uma ação de impugnação de mandato eletivo. Esta pode resultar na decretação da perda do mandato.

Capítulo 14 **OS PARTIDOS POLÍTICOS**

SUMÁRIO: 1. A previsão de um estatuto partidário. 2. O combate aos partidos antidemocráticos. 3. Os vícios do sistema partidário brasileiro. 3.1. O número excessivo de partidos. 3.2. A inautenticidade dos partidos brasileiros. 3.3. O individualismo brasileiro. 4. O caráter oligárquico dos partidos. 5. O desapareço por programas. 6. Bipartidarismo e pluripartidarismo. 7. O estatuto dos partidos na Constituição de 1988. 8. Perda do mandato por infidelidade partidária.

Leitura complementar: Maurice Duverger, *Partidos políticos*; Giovanni Sartori, *Partidos políticos* (trad. bras.); e os meus *Os partidos políticos nas Constituições democráticas e Constituição e governabilidade*.

1. A PREVISÃO DE UM ESTATUTO PARTIDÁRIO

O reconhecimento da importância dos partidos políticos para o sistema está no fato de que a Constituição vigente se preocupa em estabelecer um estatuto dos partidos políticos. Nisto ela segue tendência patente na moderna doutrina constitucional. Para esta os partidos parecem indispensáveis para o funcionamento da democracia, mas fontes de perigos gravíssimos para a sua subsistência. Essa linha doutrinária repercutiu nas Constituições mais recentes, havendo a Lei Fundamental alemã, por exemplo, cuidado de regulamentar com minúcia os direitos e obrigações dos partidos, enquanto as

Constituições italiana de 1947, francesa de 1958 e a nossa de 1946 não os ignoravam, embora só contivessem regras esparsas sobre eles.

Reitere-se que, segundo já se apontou, os partidos são chamados a cumprir na democracia uma função delicada e importante. São eles os incumbidos de mostrar ao eleitorado quais são as opções políticas possíveis, indicando ao mesmo tempo pessoas que afiançam serem capazes de realizá-las. Sua função constitucional, porém, nem sempre é bem cumprida, não passando eles, em muitos países, de máquinas para a conquista do poder. Na verdade, só podem eles cumprir essa função quando não são dominados por oligarquias, quando têm disciplina interna, quando não são passíveis de suborno por interesses escusos.

Por outro lado, quando sua ação é deturpada pelo domínio oligárquico, pela corrupção financeira, pela indisciplina, ou quando é ela exercida em favor de doutrinas ou homens hostis ao governo pelo povo, ou em favor de grupos vinculados a governos ou interesses estrangeiros, são eles um terrível instrumento de destruição da democracia.

Têm assim os partidos um caráter ambivalente. De um lado, são necessários, ou ao menos convenientes; de outro, são daninhos e destrutivos. Daí decorre que o Direito Constitucional moderno procura, com êxito maior ou menor, enquadrá-los em estatutos que reconheçam e garantam seus direitos, ao mesmo tempo que imponham limitações a seus programas, a sua ação, a sua organização, a seu financiamento, que garantam contra eles a própria democracia.

Os partidos, por isso, tendem a ser institucionalizados, o que não deixa de trazer vantagens. Todavia, há que observar que essa institucionalização tem ponderáveis inconvenientes quando implica a monopolização da ação política em seu favor, já que isso contribui para a formação de oligarquias que controlam a vida política nacional.

Até 1946, nenhuma das Constituições brasileiras se preocupou com os partidos. A de 18 de setembro, portanto, foi a primeira a fazê-lo. Cuidou ela, porém, apenas de impor limitações à ação e ao programa dos partidos, no art. 141, § 13, o qual vedava “a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer partido político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático baseado na pluralidade dos partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem”. Observe-se que, a seu tempo, esse preceito continha a mais completa limitação posta por uma Constituição democrática aos partidos. De fato, embora na Constituinte francesa de 1946 se houvesse proposto e discutido um estatuto para os partidos, a Constituição francesa de 1946 não os menciona. Somente mais tarde é que a Lei Fundamental alemã, de 1949, abordou o problema da regulamentação dos partidos com maior profundidade e cuidado, aliás até hoje não superados por nenhuma outra. A Constituição italiana de 1948, sem dúvida, refere-se aos partidos mas apenas deles exige o respeito ao “método democrático”, o que é vago.

2. O COMBATE AOS PARTIDOS ANTIDEMOCRÁTICOS

A primeira Constituição brasileira a se preocupar com os partidos políticos foi a de 1946, conforme já foi apontado.

Tomava ela, portanto, lugar entre as leis magnas que esposam a concepção da democracia combatente, ou seja, da democracia que não é neutra, que não é passiva perante seus inimigos. Sem dúvida, tem ela contra si todos os adeptos do chamado “relativismo democrático”, dentre eles o grande Kelsen, para os quais a democracia tem de ver em pé de igualdade todas as doutrinas, todas as cosmovisões, mesmo as que lhe sejam hostis, reduzindo-se, em última análise, a um processo — a atribuição do Poder à maioria eleitoral do momento.

Tal orientação foi mantida pela Constituição de 1967, pelo direito posterior e, atenuadamente, é mantida no art. 17, *caput*, da Lei Magna em vigor.

O relativismo democrático, todavia, labora em um erro grave. A democracia não pode ser indiferente às ideologias, às doutrinas políticas, já que ela é, como o ensina Radbruch, “uma concepção própria e peculiar. Por trás da ideia de relativismo, de neutralidade, de tolerância, se acha o valor positivo da liberdade: a liberdade como sementeira e forja da personalidade, a liberdade como base da obra de criação cultural” (*Introducción a la filosofía del derecho*, 2. ed. cast., México — Buenos Aires, 1955, p. 166).

“Afirmação da liberdade de cada um e da liberdade de todos, a Democracia implica para cada um e para todos a autodeterminação... Tolera as opiniões e as doutrinas que a combatem até o momento em que essa predicação a ponha em perigo... Não pode suportar que uma maioria, em momento talvez de ilusão ou embriaguez, sacrifique a sua liberdade e a da minoria para sempre, como ninguém admite que um homem se dê como escravo. O voto eleitoral não é voto religioso. A Democracia não pode suportar que um grupo, sob a proteção de suas leis, lhe solape as bases. A Democracia perfeita defende-se contra os seus inimigos” (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Os partidos políticos*, cit., p. 60).

3. OS VÍCIOS DO SISTEMA PARTIDÁRIO BRASILEIRO

3.1. O número excessivo de partidos

Já durante a vigência da Constituição de 1946 revelaram-se alguns vícios no sistema partidário brasileiro. O mais flagrante de todos é a tendência à multiplicação do número de partidos, que acarreta numerosas dificuldades para a governabilidade do País. Realmente, por um lado, dificulta a formação de maioria estável que apoie a atuação governamental e, por outro, obscurece a definição da vontade política do povo.

Sem dúvida, uma das razões dessa multiplicação é o sistema eleitoral, pois é sabido que a representação proporcional favorece o surgimento de mais e mais partidos, muitas vezes não se distinguindo entre si senão pelo personalismo de seus líderes.

Em vista disso, já em 1965, por meio de uma lei orgânica, procurou-se corrigir esse mal. Tal lei (de n. 4.740/65) visava a estimular a redução do número de partidos, exigindo-lhes certas condições de representatividade, como percentagem mínima de apoio do eleitorado etc. Foi isto, aliás, consagrado pela Constituição de 1967, que reclamava para o partido obter o registro, ou mantê-lo, o apoio de cinco por cento do eleitorado que houvesse votado na última eleição, distribuído por nove Estados, com o mínimo de três por cento em cada um deles.

Esse mesmo intento de exigir dos partidos um certo grau de representatividade levou à desastrosa extinção dos partidos existentes, por força do Ato Institucional n. 2/65. Com efeito, procurou-se, em decorrência, forçar um reordenamento do quadro partidário, uma vez que as regras para a criação de partidos dificultavam sobremodo o surgimento destes em grande número. Por força disto, foi imposto à vida política brasileira um bipartidarismo artificial, que perdurou até o ocaso do regime militar.

3.2. A inautenticidade dos partidos brasileiros

Entretanto, os partidos brasileiros não estão à altura da missão que a democracia pelos partidos lhes impõe. Não passam de conglomerados decorrentes de exigências eleitorais, sem programa definido e, o que é muito pior, sem vida própria.

Apesar das prescrições legais que desejam uma estruturação partidária autêntica, vinda de baixo para cima, com intensa participação popular, permanecem eles vazios, como corpos sem alma.

A autenticidade dos partidos é outra das condições da democracia pelos partidos. No Brasil, essa autenticidade parece ser em face da experiência do passado e do presente um sonho remoto, utópico. Traço inegável do caráter nacional brasileiro é a falta de inclinação para a vida cívica e associativa.

Buscando imprimir nos partidos um mínimo de coerência e autenticidade, o direito anterior chegou a prever a fidelidade partidária. Ou seja, a perda do mandato do membro do Congresso Nacional, de Assembleia Legislativa ou de Câmara Municipal que votasse contra as diretrizes do partido, o seu programa, ou o abandonasse para vincular-se a outro. Isto, porém, considerado por muitos como antidemocrático, foi abolido pela Emenda Constitucional n. 25/85, à Constituição anterior.

3.3. O individualismo brasileiro

Esse traço não é de hoje, nem é fruto de circunstâncias excepcionais. Através dos tempos vem sendo notado por observadores seguros da realidade brasileira. Já na *História do Brasil* de Frei Vicente do Salvador encontra-se a seguinte observação: “nem um homem nesta terra é repúblico, nem zela ou trata do bem comum, senão cada um do bem particular” (apud Evaristo de Moraes Filho, Uma possível nota do caráter brasileiro, em *Carta Mensal*, Rio de Janeiro, 196:22, julho de 1971, ano XVI). A mesma observação faz Capistrano de Abreu (id., p.19). Dela não discrepa Oliveira Viana, que assinala: “As formas de solidariedade voluntária, de cooperação espontânea e livre, só aparecem entre nós sob a ação empolgante dos grandes entusiasmos coletivos: a frio, com a automaticidade instintiva dos anglo-saxões não as criamos, nem as sustentamos nunca. Partidos políticos ou ligas humanitárias, sociedades de fins morais ou clubes recreativos, todas essas várias formas de solidariedade têm entre nós uma vida artificial e uma duração efêmera”. E acrescenta mais além: “Normalmente, o círculo da nossa simpatia ativa não vai, com efeito, além da solidariedade de clã. É a única forma de solidariedade social que realmente *sentimos*, é a única que realmente praticamos” (id., p. 19-20).

4. O CARÁTER OLIGÁRQUICO DOS PARTIDOS

Desse modo, é improvável a participação ativa, constante e intensa, do brasileiro na vida partidária. Ora, sem essa participação, os partidos nacionais tenderão forçosamente a se tornar oligárquicos e, mais do que isso, instrumentos de oligarquias.

Se oligárquicos, os partidos deformarão completamente o sistema. Dominados por pequenos grupos, servirão eles, sobretudo, para propiciar uma influência desmedida aos militantes que os controlam. Esses políticos, por assenhorearem-se da máquina partidária, poderão a seu bel-prazer e segundo seus interesses, raramente coincidentes com o interesse comum, escolher candidatos, predeterminando forçosamente a escolha popular, impor diretrizes cujo cumprimento a fidelidade partidária tornará obrigatório.

5. O DESAPREÇO POR PROGRAMAS

É essencial à democracia pelos partidos que estes girem em torno de programas definidos. Nisto, sem dúvida, está o maior empecilho à efetivação de tal modelo. O povo em geral, em toda parte, parece relutar em formular as escolhas eleitorais levando em conta acima de tudo os programas dos partidos. O elemento pessoal continua a pesar e não raro a preponderar. Mormente hoje, quando os

meios audiovisuais de comunicação de massa valorizam as personalidades em detrimento das ideias. No Brasil, especialmente, é generalizado o despreço pelos programas partidários, visto como mero *blábláblá* que ninguém, inclusive os candidatos, leva a sério. A política brasileira é uma disputa personalista; vale mais o candidato do que o partido.

6. BIPARTIDARISMO E PLURIPARTIDARISMO

A fórmula da democracia pelos partidos não se compatibiliza com o funcionamento de um número muito grande de partidos — o multipartidarismo “excessivo”. É isto experiência mundial. Na verdade, idealmente esse modelo reclama o bipartidarismo. Realmente, neste caso, o povo, ao votar, escolhe quem vai governar e qual a orientação do governo — presumidamente o programa do partido majoritário. Sendo muitos os partidos, a linha governamental será, em regra geral, fruto do acordo de partidos que se compõem para constituir a coalizão majoritária — a “maioria” —, o que significa que o programa de governo será fixado entre eles, à margem da vontade popular.

Por isso, como se viu sob a Constituição de 1967, mais precisamente por força do Ato Institucional n. 2/65, forçou-se uma experiência bipartidária. Foram dissolvidos os partidos existentes, enquanto se propiciava a criação de apenas dois: ARENA e MDB. Sendo estes marcados pelo artificialismo, jamais lograram estabelecer um verdadeiro bipartidarismo. No processo de abertura política, foi permitido o surgimento de outros, com as Emendas n. 11/78 e n. 25/85.

De qualquer modo, havia na Constituição de 1967 uma regra buscando exigir dos partidos um mínimo de representatividade. Assim, reclamava esta, entre outras exigências, que o partido tivesse o apoio do mínimo de cinco por cento do eleitorado que houvesse votado nas eleições para a Câmara dos Deputados para conservar o seu registro.

7. O ESTATUTO DOS PARTIDOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Em reação ao direito constitucional anterior, a Constituição vigente preferiu, no art. 17, enfatizar a liberdade de criação e funcionamento de partidos políticos.

Na verdade, no sistema desse dispositivo constitucional, o partido principia como uma mera associação, adquirindo personalidade de direito privado nos termos da lei comum (civil) (§ 2º). Depois disto é que devem registrar os seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral (§ 2º), o que é necessário para que possam apresentar candidatos etc.

Tem o partido autonomia para definir a sua organização e programa (§ 1º). Este, porém, deve “resguardar” a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais (*caput*), o que não vai além do nível de recomendação.

Estão, contudo, obrigados a ter “caráter nacional”, quer dizer, são proibidos os partidos regionalistas, ficam proibidos de receber recursos financeiros de entidades ou governos estrangeiros, ou subordinarem-se a estes. De todos os recursos auferidos devem prestar contas à Justiça Eleitoral (art. 17, I a III). Também são proibidos de manter organização paramilitar (§ 4º).

Enfim, têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão na forma da lei.

Este último ponto é importantíssimo na prática. Esse “tempo” no rádio e na televisão é uma verdadeira moeda. Por meio dele, os partidos, sobretudo os pequenos, barganham com outros, obtendo vantagens para seus dirigentes nos acordos de escolha de candidatos, por exemplo, a de Vices ou de suplentes de Senador, ou para a composição de futuro ministério ou secretariado.

Vale acrescentar que a Constituição, embora habilite os estatutos partidários a estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidária, na realidade não impede que o eleito por um partido o deixe por outro, quando bem lhe parecer, ou que vote contra as diretrizes do seu programa.

Sem dúvida, um dos problemas que afetam a governabilidade do País deriva das normas do estatuto constitucional dos partidos. Tal estatuto, no fundo, de nada serve, pois não protege a democracia contra os grupos antidemocráticos, não serve à valorização dos programas de governo (e sim à personalidade dos candidatos), não contribui para a formação de uma base estável de governo, com a contrapartida de um núcleo coerente de oposição.

8. PERDA DO MANDATO POR INFIDELIDADE PARTIDÁRIA

A perda do mandato por infidelidade partidária, que era expressamente prevista na Constituição anterior (EC n. 1/69, art. 152, parágrafo único) para membros do Legislativo federal, estadual e municipal, não está explícita na Lei Magna em vigor.

Quanto à infidelidade consistente no abandono do partido pelo qual fora eleito e adesão a outro, foi ela deduzida do texto constitucional pelo Tribunal Superior Eleitoral, em resposta a consulta, relativamente a Deputados federais, Deputados estaduais e Vereadores.

Dois argumentos principais pesaram nessa decisão. Um, o de que têm os partidos, no direito brasileiro, o monopólio da apresentação de candidaturas. Portanto, ninguém se elege senão por meio de partido. O segundo, que acentua este último ponto, é o de que, nas eleições para a Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas estaduais, Câmara Legislativa Distrital e Câmaras Municipais, o sistema eleitoral é o da representação proporcional e, segundo esta, repartição das cadeiras, portanto a atribuição de mandato se faz proporcionalmente ao número de votos do partido (v., *infra*, Cap. 20, n. 16).

Tal entendimento foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento de mandados de segurança, em outubro de 2007, quanto a Deputados federais.

Igualmente entendeu o Tribunal Superior Eleitoral, ao responder a outra consulta em outubro de 2007, que a perda do mandato alcança também os eleitos em eleição majoritária (Presidente e Vice-Presidente da República, Senadores, Governador e Vice-Governador de Estado ou do Distrito Federal, Prefeito e Vice-Prefeito). Isso decorreria da norma, já referida, segundo a qual, no direito brasileiro, o partido político tem o monopólio da apresentação de quaisquer candidaturas.

A essas decisões não foi dado efeito retroativo.

Parte IV

A ORGANIZAÇÃO GOVERNAMENTAL

Capítulo 15

A “SEPARAÇÃO DE PODERES”

SUMÁRIO: 1. A concentração e seus inconvenientes. 2. A limitação do poder. 3. Critérios de divisão do poder. 4. A “separação de poderes”. Sua origem. 5. A classificação das funções do Estado. 6. Crítica à classificação tradicional das funções do Estado. 7. A interpenetração dos “poderes”. 8. O valor atual da “separação”. 9. O ensinamento de Loewenstein. 10. A “separação de poderes” como critério de classificação dos sistemas de governo.

Leitura complementar: Clássico: Montesquieu, *O espírito das leis* (trad. bras.); moderno: Karl Loewenstein, *Political power and the governmental process*.

1. A CONCENTRAÇÃO E SEUS INCONVENIENTES

Não há, nem pode haver, Estado sem poder. Este é o princípio unificador da ordem jurídica e, como tal, evidentemente, é uno.

O exercício desse poder pelos órgãos estatais pode ser, todavia, diferentemente estruturado. Tanto pode ser ele concentrado nas mãos de um só órgão, como pode ser dividido e distribuído por vários órgãos.

A unidade de exercício do poder, ou sua concentração como se usa dizer, foi a sua primeira forma histórica. A monarquia absoluta é disso o exemplo clássico.

À luz da experiência, porém, essa concentração aparece inconveniente para a segurança do indivíduo, por dar a alguém a possibilidade de fazer de todos os outros o que lhe parecer melhor, segundo o capricho do momento. Embora tenha ela a vantagem da prontidão, da presteza de decisões e de sua firmeza, jamais pode servir à liberdade individual, valor básico da democracia representativa.

A necessidade de prevenir o arbítrio, ressentida onde quer que haja apontado a consciência das individualidades, leva à limitação do poder, de que a divisão do poder é um dos processos técnicos e, historicamente, dos mais eficazes.

2. A LIMITAÇÃO DO PODER

Repugna ao pensamento político contemporâneo a ilimitação do poder. Ao contrário, é arraigada a convicção de que o poder, mesmo legítimo, deve ser limitado. Isto porque, na famosa expressão de Lord Acton, “todo poder corrompe”, inclusive o democrático.

Para limitar o poder várias são as técnicas adotadas. Uma é a da divisão territorial do poder, que inspira as descentralizações e não raro o próprio federalismo.

Outra consiste em circunscrever o campo de ação do Estado, reconhecendo-se em favor do indivíduo uma esfera autônoma, onde a liberdade não pode sofrer interferências do Estado. É isso que se busca obter pela Declaração dos Direitos e Garantias do Homem.

A terceira é a *divisão funcional do poder*, tão conhecida na forma clássica da *separação dos poderes*. É esta o objeto do presente capítulo, que é complementado pelos seguintes, em que se apontam as linhas mestras de cada um dos poderes identificados pela velha doutrina: o *Legislativo*, o *Executivo* e o *Judiciário*.

Todavia, como as relações entre esses poderes, como a variável posição de cada um em relação aos demais, é que serve para a caracterização do regime de governo, a seção primeira, a seguir, será dedicada aos sistemas, em particular ao *parlamentarismo* e ao *presidencialismo*.

3. CRITÉRIOS DE DIVISÃO DO PODER

A divisão do poder consiste em repartir o exercício do poder político por vários órgãos diferentes e independentes, segundo um critério variável, em geral funcional ou geográfico, de tal sorte que nenhum órgão isolado possa agir sem ser freado pelos demais. A divisão impede o arbítrio, ou ao menos o dificulta sobremodo, porque só pode ocorrer se se der o improvável conluio de autoridades independentes. Ela estabelece, pois, um *sistema de freios e contra pesos*, sob o qual pode vicejar a liberdade individual.

A divisão do poder segundo o critério geográfico é a descentralização, ou, mais precisamente, o federalismo que, aliás, apresenta também a divisão funcional com ela combinada.

4. A “SEPARAÇÃO DE PODERES”. SUA ORIGEM

A divisão segundo o critério funcional é a célebre “*separação de poderes*”, que vai ser agora examinada. Essencialmente, a “*separação de poderes*” consiste em distinguir três funções estatais — legislação, administração e jurisdição — e atribuí-las a três órgãos, ou grupos de órgãos, reciprocamente autônomos, que as exercerão com exclusividade, ou ao menos preponderantemente.

A divisão funcional do poder — ou, como tradicionalmente se diz, a “*separação de poderes*” — que ainda hoje é a base da organização do governo nas democracias ocidentais, não foi invenção genial de um homem inspirado, mas sim é o resultado empírico da evolução constitucional inglesa, qual a consagrou o *Bill of Rights* de 1689.

De fato, a “*gloriosa revolução*” pôs no mesmo pé a autoridade real e a autoridade do parlamento, forçando um compromisso que foi a divisão do poder, reservando-se ao monarca certas funções, ao parlamento outras e reconhecendo-se a independência dos juízes.

Esse compromisso foi teorizado por Locke, no *Segundo tratado do governo civil*, que o justificou a partir da hipótese do estado de natureza. Ganhou ele, porém, repercussão estrondosa com a obra de Montesquieu, *O espírito das leis*, que o transformou numa das mais célebres doutrinas políticas de todos os tempos.

Na verdade, tornou-se a “*separação de poderes*” o princípio fundamental da organização política liberal e até foi transformada em dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

5. A CLASSIFICAÇÃO DAS FUNÇÕES DO ESTADO

A “separação de poderes”, como se indicou acima, pressupõe a tripartição das funções do Estado, ou seja, a distinção das funções *legislativa*, *administrativa* (ou executiva) e *jurisdicional*.

Essa classificação que é devida a Montesquieu encontra, porém, antecedentes na obra de Aristóteles e de Locke. O primeiro, na *Política*, reparte as funções do Estado em *deliberante* (consistente na tomada das decisões fundamentais), *executiva* (consistente na aplicação pelos magistrados dessas decisões) e *judiciária* (consistente em fazer justiça), sem cuidar de sua separação, sem sugerir, ainda que de longe, a atribuição de cada uma delas a órgão independente e especializado.

Locke também reconhece três funções distintas: a *legislativa* (consistente em decidir como a força pública há de ser empregada), a *executiva* (consistente em aplicar essa força no plano interno, para assegurar a ordem e o direito) e a *federativa* (consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças — *foedus*, em latim, significa aliança). Indo além do estagirita, o inglês chega mesmo a recomendar umaseparação entre a função legislativa, de um lado, e as funções executiva e federativa, de outro, as quais devem estar sempre reunidas nas mesmas mãos, por importarem o uso de força.

A divisão e a distribuição clássicas, porém, são incontestavelmente devidas ao autor d’*O espírito das leis*.

6. CRÍTICA À CLASSIFICAÇÃO TRADICIONAL DAS FUNÇÕES DO ESTADO

É científica, é exata, a classificação das funções do Estado subjacente à doutrina da “separação de poderes”?

A esse propósito, longo tem sido o debate que não parece próximo de terminar. Observe-se, contudo, que é duvidoso que Montesquieu tenha, no célebre capítulo “Da Constituição da Inglaterra”, buscado fazer ciência. Bem mais preocupado parece estar ele em pregar um governo moderado pela divisão e repartição do poder, valorizando a lição por atribuí-la ao país na moda, do que em expor rigorosamente a realidade constitucional britânica de seu tempo. Na verdade, em meados do século XVIII, na época em que Montesquieu escreveu sua obra, não havia mais na Grã-Bretanha a “separação” nos termos em que a descreve, pois o parlamentarismo — que elimina a independência do Executivo em relação ao Legislativo — já a esse tempo se praticava naquele país.

Em realidade, essa tripartição não tem o rigor necessário para ser acatada como científica. De fato, é fácil mostrar que as funções administrativa e jurisdicional têm no fundo a mesma essência, que é a aplicação da lei a casos particulares. A distinção entre ambas pode estar no *modo*, no acidental, portanto, já que substancialmente não existe. Por outro lado, a função legislativa não esgota a edição de regras gerais e impessoais. Tradicionalmente inclui-se na função administrativa o estabelecimento de regulamentos, cujo conteúdo são também regras gerais e impessoais.

Cientificamente, parece preferível a classificação de Burdeau (v. *Traité*, v. 4, n. 186): função *governamental* — consistente em introduzir por primeira vez uma questão no domínio do Direito (manifestação de poder só condicionado pela Constituição) e função *administrativa* (consistente em tomar decisões subordinadas em relação àquela). Essa classificação, como se vê, repousa no grau de intensidade do poder estatal manifestado.

7. A INTERPENETRAÇÃO DOS “PODERES”

Por outro lado, ainda que se tome por científica a classificação de Montesquieu, resta indagar se a especialização que recomenda se realiza nos Estados modernos.

O próprio Montesquieu abria exceção ao princípio da separação ao admitir a intervenção do chefe de Estado, pelo *veto*, no processo legislativo. A organização, todavia, dos três poderes na Constituição envolve sempre uma certa invasão de um poder na função reservada a outro.

Assim é que o legislativo às vezes julga (p. ex., o Senado brasileiro, os crimes de responsabilidade do Presidente — art. 52, I, da Constituição de 1988) e não raro administra (p. ex., quando admite pessoal para a sua secretaria).

Igualmente, o judiciário ora administra (v. g., quando um tribunal organiza o seu secretariado), ora participa da elaboração da lei (pela iniciativa de certos projetos — v. g., Constituição de 1988, art. 96, II), se é que não legisla pelas súmulas vinculantes (v. g., CF, com a EC n. 45/2004, art. 103-A).

Enfim, o Executivo não raro legisla (formalmente pelas medidas provisórias ou pela delegação, informalmente por meio dos “regulamentos”) e julga (no contencioso dito administrativo).

A especialização inerente à “separação” é, dessa forma, meramente relativa. Consiste numa predominância no desempenho desta ou daquela função. Cada *poder*, em caráter secundário, colabora no desempenho de outras funções, pratica atos teoricamente fora de sua esfera.

8. O VALOR ATUAL DA “SEPARAÇÃO”

Inexistente sua base científica, parcial a especialização que produz, que valor deve ser reconhecido à “separação”?

Historicamente, desempenhou ela papel relevante, contribuindo, e não pouco, para a instauração do governo moderado. Hoje, todavia, sua importância costuma ser minimizada; seu fim, profetizado; sua existência, até negada.

De fato, conforme o sistema de partidos, ela é mais aparente do que real. O bipartidarismo, sobretudo se disciplinados os partidos, tende a reduzi-la a mera aparência, quando, é claro, o mesmo partido detém o Executivo e a maioria parlamentar.

Por outro lado, a prática, universal quase, da delegação do poder Legislativo e as formas bem ou mal disfarçadas de “legislação” pelo Executivo evidentemente a renegam.

Ademais, a prática constitucional, inglesa ainda uma vez, demonstra não ser ela sequer uma receita necessária de liberdade, ao menos no que tange à separação do Executivo e Legislativo. De fato, o gabinete, por ser a cúpula do partido majoritário, é que decide sobre projetos de lei, restando aos “seus” parlamentares apenas a formalização dessas decisões. Ora, nem por isso a Grã Bretanha deixa de ser talvez o mais livre de todos os Estados contemporâneos.

Na verdade, na Grã-Bretanha contemporânea, podem-se distinguir, *grosso modo*, três formas de ação do Estado: uma ação *governamental*, consistente na tomada de decisões incondicionadas e na orientação da maquinaria administrativa (exercida pelo gabinete e que compreende a *legislativa* e a *executiva* clássicas), uma ação de *controle*, consistente em acompanhar criticamente o desempenho da primeira (exercida pelo parlamento), e uma ação de *justiça* (consistente na aplicação da lei a casos particulares por órgão, ou órgãos revestidos de especiais garantias de imparcialidade), ação de justiça essa até certo ponto de execução da política tornada lei, até certo ponto de controle.

9. O ENSINAMENTO DE LOEWENSTEIN

Inspirado nessa observação e noutras concordantes, Loewenstein (*Political power and the governmental process*, p. 42 e s.) sugere uma nova tripartição das funções do Estado, que apelida “*policy determination*”, “*policy execution*” e “*policy control*”. As duas primeiras coincidem, *grosso modo*, com as funções governamental e administrativa referidas por Burdeau (v. *supra* n. 6 deste Capítulo). A originalidade está em identificar a existência dessa função de controle, em que acertadamente vê o ponto crucial do regime constitucional.

Na realidade, esse controle é indispensável para a manutenção da democracia e para a salvaguarda da própria liberdade individual. De fato, não só deve ser fiscalizada a adequação das opções governamentais às opções populares, ou ao bem comum, *controle político*, para o qual está particularmente indicado o parlamento, como também a aplicação dessas decisões aos casos particulares — *controle formal*, para o qual é naturalmente indicado o Judiciário.

Essa nova tripartição das funções abre, talvez, caminho para uma revisão da organização política ocidental, tarefa ingente e urgente. Todavia, do ponto de vista científico, deve-se reconhecer que função de controle, na medida em que é verificação da concordância de um ato com outro superior, tem natureza administrativa (de acordo com a terminologia de Burdeau).

10. A “SEPARAÇÃO DE PODERES” COMO CRITÉRIO DE CLASSIFICAÇÃO DOS SISTEMAS DE GOVERNO

A “separação de poderes”, por ser base da estrutura normal do Estado contemporâneo, fornece um razoável critério para a classificação dos sistemas políticos. Levando-se em conta a existência ou não de divisão do poder e o grau em que esta se opera, podem-se distinguir os sistemas:

- 1) de *concentração* do poder (onde não há divisão de poder: v. g., o regime da antiga URSS, onde o *Soviet Supremo* concentrava todo o poder);
- 2) de *colaboração* de poderes (onde há a distinção de poderes mas estes não são independentes: v. g., o regime parlamentarista);
- 3) de *separação* de poderes (onde à distinção se soma sua independência: v. g., o regime presidencialista).

Evidentemente, essa classificação tem cunho jurídico e alcance pouco mais do que didático, espelhando palidamente a realidade.

Note-se que não raros autores chamam esses sistemas de *regimes* de governo. É questão de enfoque. De fato, todos esses sistemas, que hoje as Constituições adotam consciente e racionalmente, nasceram como regimes praticados em certo e determinado Estado. E com base na experiência deste é que se inferiram os seus princípios básicos, que guiam alhures a imitação. Assim, o parlamentarismo nasceu como regime na Inglaterra e atualmente é um sistema adotado em muitos Estados do mundo.

Seção 1^a

OS SISTEMAS DE GOVERNO

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Já se mostrou anteriormente que a tipologia usual dos sistemas de governo toma por critério a consagração ou não da divisão clássica de poderes. Há assim sistemas de *confusão de poderes*, onde inexistente a divisão de poderes, por exemplo, as ditaduras; de *colaboração de poderes*, onde a divisão existe mas os poderes não são independentes, como no parlamentarismo; e, enfim, sistemas de *separação de poderes*, como o presidencialismo.

Na verdade, é tradicional definir juridicamente um sistema de governo pela posição recíproca dos poderes e por suas relações no processo governamental. De fato, o que se chama juridicamente de sistema de governo nada mais é senão a marcha conjunta dos órgãos do Estado para atenderem aos fins deste, segundo as prescrições legais. Assim, o estudo dos sistemas de governo está para o direito como a dinâmica está para a física.

2. OBSERVAÇÕES SOBRE A CONCENTRAÇÃO DE PODERES

Também se ensinou que a concentração ou confusão de poderes não é propícia à liberdade individual em regra, estando esta melhor assegurada pela separação, ou pela colaboração de poderes, que implica evidentemente uma distinção ou separação de funções.

A concentração de poderes não é, porém, contrária à democracia, considerada em abstrato. O governo pelo povo diretamente, como foi praticado em Atenas, compreendia essa união de todas as funções do Estado em mãos de um único órgão, a mais alta assembleia, de que todos poderiam participar. Pondo-se de parte essa reminiscência, a experiência histórica esclarece que a completa concentração só serviu à opressão e ao desrespeito dos princípios democráticos.

Um dos sistemas hoje praticados, porém, o *convencional* ou *governo de assembleia*, que é o adotado na Suíça, escapa a essa apreciação crítica. Esse sistema não é, todavia, de completa concentração, uma vez que a administração da justiça é confiada a órgãos independentes. É ela, pois, “separada” da legiferação e do governo, em sentido estrito, resguardando com isso a liberdade individual.

Feita essa ressalva, não é possível negar que os sistemas que rejeitam a confusão de poderes, que se baseiam na separação do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, são, na democracia ocidental, especialmente ciosa das liberdades individuais, as formas consagradas. De modo geral, as democracias ocidentais adotam ou o parlamentarismo ou o presidencialismo como regime de governo, com a exceção suíça.

3. PLANO DA SEÇÃO

Fielmente seguindo a orientação acima lançada de estudar neste *Curso* apenas a democracia “ocidental” e as manifestações de sua cosmovisão, será dedicado o Capítulo 16 ao *presidencialismo*, o Capítulo 17 ao *parlamentarismo* e o último ao *sistema convencional*, por alguns também chamado de *diretorial* (Cap. 18).

Capítulo 16

O PRESIDENCIALISMO

SUMÁRIO: 1. Origem. 2. Características fundamentais jurídicas. 3. Características políticas. 4. Presidencialismo e multiplicidade partidária. 5. A exacerbação personalista no presidencialismo brasileiro. 6. O quadro atual.

Leitura complementar: Arend Lijphart, *Parliamentary versus presidential government*; Edward S. Corwin: *The President: office and powers*; meu *Constituição e governabilidade*.

1. ORIGEM

O sistema presidencialista, que se examina em primeiro lugar por ser adotado no Brasil, é uma criação, racional e consciente, de uma assembleia constituinte, a Convenção de Filadélfia, reunida para estabelecer a Constituição dos Estados Unidos da América. Ao contrário, como se verá adiante, o parlamentarismo é fruto de longa, insensível e lenta evolução histórica, onde as opções conscientes dos juristas e dos legisladores tiveram papel de somenos importância.

Não se pode dizer, todavia, seja uma invenção dos constituintes americanos. Não é um arranjo arbitrário e mais ou menos feliz de instituições, estabelecido segundo o arbítrio dos constituintes, ao sabor de suas preferências e idiosincrasias. Longe disso está a verdade. O presidencialismo instituído pela primeira vez em Filadélfia é uma versão republicana da monarquia limitada, ou constitucional, instaurada na Grã-Bretanha pela revolução de 1688.

O Parlamento inglês, ao chamar nessa ocasião Guilherme e Maria para o trono que declarara vago, instaurara a “separação de poderes” que Locke iria intuir e Montesquieu consagrar. De fato, assegurada a independência da magistratura, reservava-se a elaboração da lei ao Parlamento, ainda que com a sanção real, e ao monarca se deixavam a administração, a defesa e a política estrangeira — o poder executivo da doutrina clássica.

Sistematizando essas instituições sob a influência visível de Locke e também de Montesquieu, não tendo príncipe ao qual conceder o trono, colocaram os constituintes em seu lugar um cidadão. Essa monarquia limitada sem rei e com um presidente é o regime presidencialista em suas linhas gerais. Observe-se, todavia, que o regime assim copiado — a monarquia limitada — não mais vigorava, ao tempo de sua instituição, na Grã-Bretanha, uma vez que lá o parlamentarismo deitara raízes, definitivamente, ao menos em 1782.

2. CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS JURÍDICAS

As observações acima já sugerem as características fundamentais do presidencialismo. Para precisá-las, no entanto, cumpre distinguir seus caracteres jurídicos dos seus traços políticos.

Juridicamente, o presidencialismo se caracteriza em primeiro lugar por ser um regime de separação de poderes. Ou seja, à sua base está a lição de Montesquieu, que distingue três funções no Estado e as atribui a órgãos independentes, que as exercem com exclusividade relativa, aliás.

Caracteriza-se, em segundo lugar, por conferir a chefia do Estado e a do governo (do “executivo”) a um órgão unipessoal, a Presidência da República. De fato, os chefes dos grandes departamentos da administração são meros auxiliares do Presidente, que os escolhe segundo bem entender e os demite

quando quiser.

Em terceiro lugar, a independência recíproca do Executivo e do Legislativo é rigorosamente assegurada. Nem a reunião do Legislativo pressupõe necessariamente convocação do chefe de Estado, como sucedia nas monarquias, nem pode ele pôr fim, por qualquer razão, ao mandato dos parlamentares, dissolvendo a Câmara e convocando novas eleições. Nem pode a Câmara destituir o Presidente que não contar com sua confiança, só o podendo fazer como sanção de um crime. Nem, em regra, é a Câmara que o elege.

Para garantir a independência do Presidente em relação à Câmara, usualmente sua eleição se faz sem a interferência daquela. Assim, em geral é o povo quem escolhe pelo voto o titular da Presidência, diretamente, exigida ou não a maioria absoluta. Nos Estados Unidos, contudo, essa eleição é indireta, escolhendo o povo em cada Estado os eleitores que elegerão o Presidente. Cada Estado tem nessa eleição tantos votos quantos somarem seus deputados e senadores, não havendo assim rigorosa proporção entre o número de votos e sua população. Todos os votos do Estado, porém, são conferidos ao nome mais votado pelo povo no Estado. Destarte, a soma nacional de votos populares não importa, já que é eleito quem obtiver a maioria absoluta dos votos dos Estados, embora no cômputo nacional possa ter obtido menos sufrágios populares do que outro. Isso, aliás, sucedeu mais de uma vez na história norte-americana, v. g., com Lincoln, em 1861, com Wilson, em 1912 etc.

Somente no caso de nenhum candidato haver obtido a maioria absoluta referida, a Câmara dos Representantes o deverá eleger, nos termos da Emenda n. 12.

3. CARACTERÍSTICAS POLÍTICAS

Para a caracterização de um sistema, todavia, os traços políticos são talvez de maior importância que os estritamente jurídicos. O principal deles no presidencialismo é, como se pode supor, a predominância do Presidente.

Essa preponderância é normal, estando presente em todos os países que adotam o presidencialismo. Decorre ela de muitos fatores, dentre os quais avulta a liderança nacional que a eleição popular confere ao escolhido.

Salvo casos excepcionais, os candidatos à Presidência são as figuras mais conhecidas e influentes de seu partido. Entrados na campanha, todas as luzes se focam sobre eles, a publicidade se orquestra em torno de seus pronunciamentos, de seus ditos, de seu modo de vida, de suas qualidades, de seus méritos, de sua experiência e, até, de seu *sex appeal*... Nessa onda sabiamente concertada por especialistas com abundância de fundos, o melhor ator dentre os candidatos ganha sempre terreno e não raro a eleição. De qualquer forma, porém, jamais vence quem não lograr marcar sua personalidade junto aos eleitores.

A marcha da campanha eleitoral e seu pináculo, a votação e a apuração, transformam necessariamente o vencedor do pleito na primeira figura nacional em prestígio. Consequência disso é cair em suas mãos a orientação da vida política nacional, que é facilitada pela enorme soma de poderes colocada a seu dispor pela estrutura jurídica do regime. Acrescente-se a isso ser ele o representante da unidade nacional, como chefe de Estado.

Some-se depois a preponderância natural do governo no *Welfare State*, e se fará uma ideia bem aproximada do papel conferido ao Presidente nesse regime.

Enfim, graças ao descrédito das Câmaras parlamentares muitas vezes subservientes, não raro corruptas, na América Latina o presidencialismo tende a se tornar na prática um regime de ditadura

temporária, só temperado, quando o é, pela independência do Judiciário, ou pela arbitragem das Forças Armadas.

4. PRESIDENCIALISMO E MULTIPLICIDADE PARTIDÁRIA

Apesar dos riscos que traz para países onde não existe sólida tradição democrática, o presidencialismo é o único praticável em face da multiplicidade partidária excessiva.

Conforme demonstrou Duverger (*Les partis*, cit.), o sistema de partidos condiciona o êxito, o bom ou o mau funcionamento do regime político. O esmigalhamento das forças políticas nacionais em inúmeros partidos que se entredevoram por questões de pormenor, sublinhando suas diferenças e intensificando a demagogia para alcançar apoio popular, repercute sempre nas Câmaras onde nenhum dos grupos consegue normalmente maioria sólida, onde nenhuma coligação é estável. Assim, a multiplicidade partidária excessiva impede o bom funcionamento de qualquer regime onde a preponderância caiba ao Legislativo, ou, ao menos, onde ao Legislativo caiba constituir e destituir o governo, como no parlamentarismo.

Ao contrário, o presidencialismo sofre em grau menor os males do pluripartidarismo sem peias. De fato, sendo a eleição presidencial necessariamente majoritária, impõe ela uma polarização das forças políticas. Não podendo ser o Presidente destituído por motivos políticos, o governo não depende em sua estabilidade da confiança parlamentar. Ademais, a liderança nacional do Presidente lhe permite usar a pressão popular contra a má vontade do Parlamento, que dificilmente pode resistir a seus reclamos. Sem dúvida, não faltam exemplos de paralisia governamental causada pela hostilidade entre o Presidente e o Congresso, mas têm eles sido raros e passageiros.

Desse modo, parece ele ser o preferível onde quer que a proliferação de partidos seja incontrolável.

5. A EXACERBAÇÃO PERSONALISTA NO PRESIDENCIALISMO BRASILEIRO

A mais alta de todas as autoridades brasileiras é, sem dúvida, o Presidente da República. Fiel às tradições republicanas, a Constituição manteve o presidencialismo, que se caracteriza, politicamente e em primeiro lugar, pela preeminência do Presidente da República, ao mesmo tempo chefe de Estado e chefe do Governo.

Tal preeminência, inerente ao regime, ainda mais se acentua contemporaneamente, por força de fatores incoercíveis. Entre estes avultam a ampliação das atividades governamentais no domínio econômico e social, o intervencionismo, e a gravidade hodierna dos problemas de segurança, que confiados ao Executivo, tendem a soerguê-lo em detrimento do Legislativo. Por outro lado, essa preponderância se agrava em razão do desprestígio dos parlamentos decorrente da ineficácia e da futilidade dos debates intermináveis, cujos meandros são incompatíveis com a velocidade da vida moderna.

A esses fatores, que são universais, socorrem outros que são especificamente brasileiros. De todos o mais flagrante é a inclinação para o poder pessoal. Esse personalismo está no cerne da concepção brasileira do presidencialismo. Formulou-a claramente Campos Sales ao conceituar esse regime como o “governo pessoal constitucionalmente organizado” (apud João Camillo de Oliveira Torres, *O presidencialismo no Brasil*, *O Cruzeiro*, Rio de Janeiro, p. 222, 1962). E, na verdade, como o ilustre paulista, sem dizê-lo embora, os Presidentes da República brasileira sempre se consideraram “o

Governo e não apenas o chefe do Governo” (id., p. 223). Com essa colocação, aliás, perfeitamente se compadece a vida nacional, que tudo espera do Presidente.

Na Constituição vigente a preeminência presidencial foi um pouco atenuada em virtude do fortalecimento do Legislativo pelo controle de certos atos governamentais do Executivo.

Há uma considerável tendência política para a adoção do parlamentarismo cujo estabelecimento se intentou por meio de plebiscito em 1993 (art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

6. O QUADRO ATUAL

A Constituição em vigor longe está de haver corrigido a exacerbação apontada. Ao contrário, ela, e sua prática, vêm acentuando a preponderância incontestável do Presidente da República — não apenas o chefe, mas o próprio Poder Executivo... (que “legisla” por medidas provisórias) — enquanto o Legislativo se encontra fragilizado, reduzido a investigações frequentemente inócuas e o Judiciário se politiza, não raro substituindo-se ao Congresso Nacional na função de legislar e atualizar a Constituição. É o que destaco no trabalho “Presidencialismo exacerbado, Legislativo fragilizado e Judiciário politizado” (incluído em *Princípios constitucionais relevantes*, livro coordenado por Ives Gandra da Silva Martins, ed. FeComércio, São Paulo, 2011, p. 105 e s.).

Capítulo 17

O PARLAMENTARISMO

SUMÁRIO: 1. Origem. 2. O parlamentarismo dualista e monista. 3. A crise do parlamentarismo e a racionalização do poder. 4. O parlamentarismo e suas condições. 5. Caracteres jurídicos do parlamentarismo. 6. Traços políticos.

LEITURA COMPLEMENTAR: Afonso Arinos e Raul Pilla, *Presidencialismo ou parlamentarismo?*; Giovanni Sartori, *Engenharia constitucional* (trad. bras.); meu *Parlamentarismo*.

1. ORIGEM

Ao contrário do presidencialismo, que é uma criação racional, o parlamentarismo é fruto de longa evolução histórica. Sua matriz foi a vida política britânica, no século XVIII.

A formação do parlamentarismo parte da monarquia limitada instaurada pela revolução de 1688, isto é, da divisão de poderes onde ao monarca se reservava a administração, a defesa e a política estrangeira, enquanto o Parlamento detinha a legiferação e a tributação, sendo independentes os tribunais.

Esta divisão de poderes exigia uma colaboração entre o monarca e o Parlamento para o bom andamento dos negócios públicos. Para facilitá-la, desde cedo os monarcas ingleses timbraram em escolher seus ministros na corrente preponderante nas Câmaras. Assim, apareceu já nos albores do século XVIII o primeiro dos traços que iriam caracterizar o futuro parlamentarismo: *a identidade de cor política entre o ministério e a maioria parlamentar*.

O passo seguinte na evolução foi provocado pelos azares da sucessão hereditária no trono britânico. Excluído o ramo católico dos Stuarts da sucessão, veio o trono, com a morte da Rainha Ana, a cair em mãos de príncipes alemães — a casa de Hanôver. Esses príncipes, especialmente Jorge I e Jorge II, subiram ao trono desconhecendo os interesses nacionais britânicos, pouco preocupados com os negócios públicos, e até ignorando a língua do povo que governavam. Em vista disso, deixaram em mãos de um de seus ministros a orientação geral do governo e a presidência dos Conselhos de Estado, aos quais deixaram de comparecer. Surge, assim, a figura do primeiro-ministro, verdadeira cabeça do governo, que Walpole foi o primeiro a encarnar e amoldar.

Entregue aos ministros sob a chefia de um deles, o governo era ainda o governo do rei, dependente de sua vontade, que poderia destituí-lo a qualquer instante. Ao Parlamento ia, porém, caber o passo seguinte. Ganhando audácia, foi ele aos poucos buscando senão impor a sua orientação, ao menos enquadrar dentro de certos limites a linha de ação do ministério. Para isso, usou ele do *impeachment*, ou de sua ameaça. O *impeachment* era um procedimento penal mas, não podendo o monarca agraciar os condenados por ele, não cabendo apreciação judicial das decisões nele tomadas, estava nas mãos do Parlamento caracterizar, ou não, a conduta de um ministro como criminosa.

Desse modo, pôde o Parlamento obrigar os ministros de que dissentia a renunciar e mesmo todo o gabinete a demitir-se, pois cedo se instaurou a solidariedade entre todos os membros do ministério, ao menos com respeito às decisões tomadas em conselho. Viram-se assim os ministros forçados a seguir a linha política predominante no Parlamento, sob pena de, perdendo a confiança deste, terem de demitir-se para salvar a pele. Nasceu, destarte, a chamada *responsabilidade política*, traço fundamental do parlamentarismo. Ou seja, a obrigação que tem o ministério de deixar o poder, sempre que perder o apoio da maioria parlamentar.

Sem dúvida, o princípio da responsabilidade política não se firmou sem luta. Jorge III procurou reagir contra a submissão do gabinete ao Parlamento, impondo contra este ministérios de sua confiança pessoal, como os que presidiu Lord North. O insucesso de sua política, manifesto na rebelião das colônias da América do Norte, pôs termo à resistência. A demissão de Lord North e seu gabinete em 1782, diante da desconfiança e da reprovação da maioria parlamentar, marca, segundo se ensina, o nascimento do regime parlamentarista de governo.

2. O PARLAMENTARISMO DUALISTA E MONISTA

O parlamentarismo estabelecido na Grã-Bretanha, no último quartel do século XVIII, era do tipo que veio a ser chamado de *dualista*. Dualista porque, se o gabinete para manter-se necessitava do apoio parlamentar, para constituir-se dependia da vontade do soberano. Fundava-o assim uma dupla confiança: a do rei e a do Parlamento.

Foi essa a modalidade de regime que se instalou e se espalhou por quase toda a Europa no decurso do século XIX, quando, em seguida à Revolução Francesa, condições semelhantes às da Grã-Bretanha depois de 1688 nela se concretizaram. De fato, o estabelecimento de monarquias limitadas segundo o modelo de Montesquieu, isto é, segundo a “separação de poderes”, acompanhado pela luta entre soberania do direito divino encarnada no monarca e a soberania popular representada pelas Câmaras, gerou as condições de seu aparecimento, inspirado pelo exemplo britânico.

O parlamentarismo permaneceu dualista enquanto não perdeu atrativo a soberania de direito divino e enquanto não surgiram os partidos modernos, de caráter disciplinado. A influência do chefe de Estado na escolha do ministério gradativamente perdeu terreno para quase desaparecer quando o disciplinamento dos partidos sob um líder, ou alguns, praticamente a suprimiu, forçando-o a designar

para a chefia do gabinete o líder do partido, ou da coligação majoritária. No caso das repúblicas parlamentaristas, das quais a primeira foi a França, em 1875, o chefe de Estado, eleito pelas Câmaras, raramente contava com força suficiente para influenciar em profundidade o gabinete em organização.

Surge, então, o parlamentarismo dito *monista*, onde o gabinete só depende da maioria parlamentar, é expressão desta.

3. A CRISE DO PARLAMENTARISMO E A RACIONALIZAÇÃO DO PODER

A multiplicação de partidos organizados somada à extensão do sufrágio, bem como os outros fatores secundários, vieram provocar a crise do parlamentarismo que, por um breve instante, pareceu ser o regime do futuro e o regime democrático por excelência.

A proliferação dos partidos acarretou a instabilidade dos gabinetes e daí a sua fraqueza. É observação corriqueira a de que, havendo muitos partidos, estes tendem a tornar-se de dimensões equivalentes, de onde decorre serem pequenos demais para governarem sozinhos. Só as coligações podem fundar o gabinete, mas são elas sempre frágeis, porque reúnem programas e interesses disparatados. Gabinetes instáveis, inseguros, são fracos, incapazes de enfrentar problemas políticos sérios.

Por outro lado, a extensão do sufrágio alcançando o proletariado, a tarefa de governar deixou de ser o apanágio de *gentlemen*, em acordo tácito sobre as questões fundamentais. Acarretou ela o surgimento do Estado-providência com seu intervencionismo e fez reaparecer o debate sobre a natureza do poder e seu destino, que o descrédito da soberania monárquica havia encerrado. Com isso, novos fatores de instabilidade apareceram, novos problemas se puseram, que governos fracos não podiam solucionar.

Para recompor as bases abaladas da democracia representativa veio à luz o movimento de *racionalização do poder*, cujo capítulo principal é a *racionalização do parlamentarismo*. Esta tendência buscava assegurar a estabilidade e dar eficiência ao parlamentarismo, por meio da racionalização de seus mecanismos mediante sua redução a regras jurídicas escritas e rígidas.

O resultado dessa tentativa, porém, não tem sido apreciado favoravelmente. Inspirando as principais constituições europeias do entre-duas-guerras: Weimar, Espanha etc., imputam-lhe muitos o insucesso da democracia nesses países. É difícil, todavia, discriminar sua parcela de responsabilidade da que tem de ser atribuída aos fatores sociais, econômicos e estritamente políticos.

Depois da Segunda Guerra, voltou a racionalização, olhada com maior descrença, mas com êxito maior. De fato, se o parlamentarismo francês da 4ª República foi instável e fraco, o alemão ocidental e o italiano têm dado frutos melhores, como hoje o da 5ª República gaulesa. Este, na verdade, parece antes ser uma combinação de parlamentarismo e presidencialismo.

4. O PARLAMENTARISMO E SUAS CONDIÇÕES

Na verdade, o parlamentarismo é um sistema extremamente sensível às condições sociais e políticas que lhe são subjacentes. Particularmente sensível é ele aos sistemas de partidos.

O parlamentarismo só dá bons frutos quando se apoia no sistema bipartidário rígido (onde só dois partidos verdadeiramente pesam, de modo que um deles tem sempre a maioria absoluta no Parlamento, sendo essa maioria disciplinada). Aí, o gabinete é estável e capaz de governar, sendo a cúpula do partido majoritário e assim orientando a própria legislação. É o caso da Grã-Bretanha. Era o da Alemanha Federal, esta em grande parte do período posterior à Segunda Guerra.

Dá frutos piores mas ainda razoavelmente bons, quando se apoia em sistema pluripartidário, onde há um partido dominante cujas dimensões se aproximam da maioria absoluta, quando a disciplina interna deste assegura a coesão dessa maioria. Existe, nesse caso, razoável estabilidade e conta o gabinete com boa força. A Itália foi exemplo desse parlamentarismo, já que sua política era dominada pelo partido democrata cristão. É hoje a República Federal Alemã.

Com pluripartidarismo atomístico, o parlamentarismo é um governo instável e incapaz. Frágil, sua sobrevivência depende de contínuas combinações de bastidores, sempre abaladas pelas ambições e pelos mais miúdos problemas. Escolhe por isso a inação como a única maneira de descontentar o menos possível. O repouso é menos arriscado que o movimento. Acontece, todavia, que os problemas não param e, descuidados, crescem. E crescendo, destroem o regime. A esse respeito não há exemplo melhor que o da 4ª República francesa. É hoje a Itália.

5. CARACTERES JURÍDICOS DO PARLAMENTARISMO

Juridicamente, caracteriza-se o parlamentarismo pelos seguintes traços:

1) É um regime de divisão de poderes, na medida em que adota a distinção clássica das funções do Estado e sua atribuição a órgãos diversos.

2) Os Poderes Legislativo e Executivo, entretanto, são *interdependentes*. De fato, o governo depende, para manter-se no poder, do apoio da maioria parlamentar, que pode a qualquer instante, seja votando moção de desconfiança, seja rejeitando questão de confiança, obrigá-lo a apelar-se desse poder, pondo em jogo a responsabilidade política. Por outro lado, o Legislativo, ou pelo menos a sua Câmara baixa, pode ser dissolvido pelo governo, convocando-se nova eleição.

3) O Executivo parlamentarista possui estrutura *dualista*. O rei, ou o Presidente da República, é o *chefe* de Estado, com funções de representação, de cerimonial e de conselho, enquanto o governo é exercido por um órgão coletivo, o *conselho de ministros* ou *gabinete*. Ultimamente, porém, à testa desse conselho vêm as Constituições pondo um chefe, o primeiro-ministro, presidente do conselho ou chanceler, verdadeiro chefe do governo.

6. TRAÇOS POLÍTICOS

Politicamente, porém, o parlamentarismo é um só nome para dois regimes diversos: um é o parlamentarismo quando apoiado num bipartidarismo real e rígido; outro, quando fundado na pluralidade atomística de partidos, estando, porém, bem próximo daquele quando houver um partido dominante.

No primeiro caso, é um regime de clara preponderância do governo em cujas mãos se concentram no fundo os Poderes Legislativo e Executivo. De fato, sendo ele a cúpula do partido majoritário, de estrutura rígida e disciplinada, a Câmara se limita a debater e a aprovar o que for pelo governo determinado. Por outro lado é democrático, já que o povo, em última análise, é que nas eleições opta pela política a ser realizada, posto diante de dois programas apenas, e, posteriormente, aplaude ou verbera a sua realização.

No segundo, caracteriza-se por crises frequentes entre as quais se alteram períodos longos de preponderância parlamentar e de inação governamental com breves instantes de predomínio do gabinete. Apoiando-se sempre o gabinete numa coligação instável, em geral resigna-se a nada fazer, seguindo ao sabor da maioria parlamentar que não controla. Todavia, de quando em quando, é preciso fazer algo, para o que o Legislativo consente em silenciar por momentos curtos, antes de restabelecer

seu predomínio. Esse parlamentarismo é extremamente instável, substituindo-se os gabinetes frequentemente por outros em geral muito semelhantes ao substituído e cuja permanência no poder não é mais longa.

Capítulo 18

O SISTEMA DIRETORIAL

SUMÁRIO: 1. O exemplo suíço. 2. Características jurídicas. 3. Traços políticos. 4. Condições do sistema diretorial.

LEITURA COMPLEMENTAR: W. E. Rappard, *La Constitution Fédérale Suisse de 1848 à 1948*, Genebra, 1948; Paul Bastid, *Le gouvernement d'assemblée*, Paris, 1956.

1. O EXEMPLO SUÍÇO

O sistema diretorial, conhecido também como convencional ou o governo de assembleia, ocupa lugar de pequena importância na democracia ocidental, onde a Suíça fornece o único exemplo indiscutível de sua aplicação. Na antiga URSS era, porém, a forma juridicamente consagrada.

O surgimento do governo de assembleia está intimamente ligado na Suíça às peculiaridades de sua história. Como é sabido, a Suíça é o produto da confederação de cantões que se foram aos poucos e a pouco e pouco reunindo até formar o atual Estado federativo. Durante vários séculos e até o século XIX, era a Suíça uma confederação de Estados, cujo órgão comum era uma Dieta onde se assentavam representantes dos vários cantões.

Estabelecido em 1848 o Estado federal, procurou-se manter na medida do possível as instituições e as formas confederadas para não se ferirem as suscetibilidades cantonais. Assim, foi erigida a Assembleia Federal em órgão supremo, sem que se limitassem suas competências em relação ao órgão executivo — o Conselho Federal — embora se resguardasse a independência do Judiciário. Destarte, aparece a Assembleia como único poder habilitado a tomar decisões políticas iniciais, em termos estritamente jurídicos.

2. CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS

No sistema convencional — nome preferido pelos franceses que o veem praticado na Convenção, fase da revolução eclodida em 1789 — o primeiro característico jurídico é a distinção de funções, nos termos clássicos, sem a separação delas, salvo em relação ao Judiciário. Este, sem dúvida, é independente e especializado. Todavia, as decisões sobre a elaboração das leis — a legiferação — e as concernentes à sua aplicação — a “execução” — estão concentradas nas mãos do mesmo órgão, no caso, a Assembleia.

Há um órgão voltado para a administração, cujos membros chefiam os vários departamentos da Administração — os ministérios. Esse órgão, porém, é juridicamente despolitizado: não passa de um preposto da Assembleia. Não possui ele esfera reservada. Por outro lado, seus membros são eleitos

para um mandato determinado, durante o qual não podem ser destituídos por motivos políticos.

Em suma, o poder político pertence à Câmara, que deixa a outro órgão a aplicação burocrática de suas decisões. A um dos membros deste órgão é atribuída a Presidência da República, cujo papel é meramente cerimonial.

3. TRAÇOS POLÍTICOS

Do esquema jurídico só se pode deduzir a preponderância política completa da Assembleia. Isso, porém, já foi verdadeiro. Hoje a realidade é a inversa, na Suíça, o único exemplo que temos.

De fato, os membros do órgão executivo, por serem normalmente as figuras políticas mais respeitáveis do país, por serem reelegíveis e habitualmente reeleitos, adquirem preponderância sobre a Assembleia, cujos trabalhos e decisões inspiram. Desse modo os modernos estudiosos da vida política suíça caracterizam o seu governo como um regime com centro único de poder, que é o executivo colegiado (v. García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, p. 558).

4. CONDIÇÕES DO SISTEMA DIRETORIAL

Não é duvidoso que o sistema convencional só pode funcionar convenientemente em circunstâncias e em países especialíssimos, como a Suíça. Esta apresenta características sociais, econômicas, históricas e até militares, sem símile. Seu povo é pequeno, rico e próspero, com longa tradição de independência e velha experiência de autogoverno. Sobre ele os extremismos não têm sedução. Sua defesa é providenciada em primeiro lugar pela natureza.

Destarte, dispensa a sua situação quer o *leadership* que o presidencialismo assegura, quer o controle que o parlamentarismo permite. Havendo acordo fundamental sobre o principal, problema algum paralisa a sua Assembleia, que se deixa conduzir por seus prepostos. Não seria ousado dizer que em tal país qualquer regime democrático daria bons frutos.

A transplantação desse sistema para outros países é por isso impensável.

Quem o imitou, durante alguns períodos, foi o Uruguai, outrora considerado a “Suíça latino-americana”, com o regime colegiado. Na formulação platina, o Executivo era confiado a um diretório, mas, na verdade, o regime poderia ser definido como um presidencialismo com chefia de muitas cabeças, já que a forma de escolha do Executivo lhe dava preponderância jurídica e política sobre o Legislativo. Na verdade, o partido vencedor nas eleições, qualquer que houvesse sido a maioria obtida, recebia seis cadeiras, dentre as nove do Conselho, ficando as demais para a oposição. Desse modo, o Conselho era eleito pelo povo, no fundo, sem que o Legislativo tivesse influência em sua eleição.

Seção 2ª

O PODER LEGISLATIVO

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

É com base na doutrina de Montesquieu, a “separação de poderes”, que se estrutura o poder nas democracias de tipo ocidental. Assim, este nelas se exerce por meio de um Poder Legislativo, de um Poder Executivo e de um Poder Judiciário, que constituem os temas da segunda, terceira e quarta seções desta Parte.

Dos três poderes, o Legislativo é o principal dentro da sistemática da “separação de poderes”. Tal decorre não só de ser ele o que de mais perto representaria o soberano, como também de ser quem estabelece a lei que a todos obriga.

O exame do Poder Legislativo envolve duas questões principais: a de suas *tarefas*, ou funções (que não se resumem na de fazer leis), a de sua *organização*, tanto externa, como poder constitucional, quanto interna, para garantir a sua independência funcional. Todavia, embora a função do Legislativo não se restrinja a fazer leis, a *elaboração da lei* merece estudo à parte, dada a sua importância para a democracia.

Consequentemente, esta seção abrangerá três capítulos. O Capítulo 19 cuidará do Poder Legislativo quanto a suas tarefas. O Capítulo 20, quanto a sua organização e garantias. Por fim, no Capítulo 21 se estudará a elaboração da lei.

Capítulo 19

O PODER LEGISLATIVO E SUAS TAREFAS

SUMÁRIO: 1. Poder Legislativo e função legislativa. 2. Crise legislativa e delegação. 3. O poder financeiro. 4. A razão de ser do Tribunal de Contas. 5. As funções do Tribunal de Contas. 6. *Status* do Tribunal de Contas e de seus membros. 7. Composição. 8. O poder de controle político. 9. Relação entre controle político e sistemas de governo. 10. As comissões parlamentares de inquérito. 11. O *impeachment*. 12. Origem do *impeachment*: Grã-Bretanha. 13. Evolução do *impeachment*: Estados Unidos. 14. O *impeachment* no Direito brasileiro. 15. Natureza do instituto. 16. O procedimento. 17. O processo dos crimes comuns. 18. Apreciação sobre o *impeachment*.

1. PODER LEGISLATIVO E FUNÇÃO LEGISLATIVA

Das três funções que atribui ao Estado, a doutrina de Montesquieu confere ao primeiro dos poderes a de estabelecer as regras de direito gerais e impessoais a que todos devem obediência. Ora, essas regras gerais e impessoais são as *leis*, daí o nome emprestado a esse poder.

Todavia, nem todas as regras gerais e impessoais que o Estado positiva são editadas por esse poder. De fato, outras há, como as constantes dos chamados regulamentos administrativos, que são obra do Poder Executivo. Daí resulta que, pela *matéria*, não se pode distinguir o ato legislativo dos demais.

Por isso, é fatal o recurso a um conceito *formal* de Poder Legislativo. Este conceito, porém, é tautológico, pois consiste em afirmar que o Poder Legislativo não passa do poder de editar regras jurídicas segundo um processo fixado na Constituição para a elaboração de *leis*. Donde decorre que toda regra adotada por meio desse processo é uma lei, embora não seja, às vezes, nem impessoal nem

geral.

2. CRISE LEGISLATIVA E DELEGAÇÃO

Na verdade, é tendência geral a transferência da legiferação para outro poder que não o por essa função definido. É prática frequentíssima o exercício pelo governo (o Executivo) do Poder Legislativo que lhe vem ter às mãos por meio de delegação — às ocultas ou às escâncaras.

Essa delegação é repudiada pelo Direito Constitucional clássico. Este sempre considerou indelegáveis as funções recebidas pelos “poderes”, já que essa indelegabilidade é corolário da própria “separação” de poderes. Por outra, já ensinava Locke (*Segundo tratado do governo civil*, Cap. 2º) que nenhum poder tem o direito de delegar atribuições porque estas não lhe pertencem e sim lhe são delegadas pelo soberano: *delegata potestas delegari non potest*. Enfim, a própria teoria da Constituição rígida repelia essa delegação (a menos que autorizada pela Carta Magna, o que jamais sucedia), visto que ela configuraria uma alteração inconstitucional da distribuição de competências.

A indelegabilidade, porém, estava politicamente vinculada a uma concepção da missão do Estado e da lei, cuja modificação iria pô-la em xeque e mesmo destruí-la. De fato, inerente à indelegabilidade é a ideia de que a lei é declaração de regra preexistente, decorrente da natureza das coisas, sem intuito renovador. Igualmente, subjacente a esse dogma está a doutrina do “*État-gendarme*”, do Estado cuja missão básica é a manutenção da ordem pública, condição da livre ação das leis naturais que governam a sociedade.

A extensão do direito de voto às camadas mais numerosas e necessitadas da população, entre outros fatores, veio substituir a concepção liberal do Estado pela concepção providencialista: o *Welfare State* substitui o *État-gendarme*. Tendo o Estado uma missão positiva, intervindo na vida econômica e social para a todos assegurar um mínimo, prevalecendo o princípio (pelos liberais consagrado) de que só a lei obriga, forçosamente esta haveria de ter mudado o seu sentido. Ganhou, então, ela o caráter instrumental que tem hoje, passou a ser um meio de modificação da sociedade, um processo de realização de uma política.

Ora, os Parlamentos, em toda parte, se mostraram incapazes de atender, em matéria de legislação, às necessidades do *Welfare State*.

Como se costuma assinalar, muitos fatores contribuíram para isso: a tecnicidade das questões, mormente econômico-financeiras, que tem de enfrentar o Estado-providência; a premência do tempo em relação ao volume de regras a ser aprovado; a inconveniência do debate público relativamente a certas matérias (como defesa, câmbio etc.); a necessidade de uma adaptação flexível a circunstâncias locais ou transitórias; a frequência de medidas de urgência etc. Esses fatores, e outros, conduziram os Parlamentos a um dilema: ou causar a paralisia do governo ou delegar poderes que não conseguiam desempenhar.

A pressão da opinião pública levou o Parlamento a escolher a segunda saída. Assim, ao “executivo”, órgão capaz, por sua própria estrutura, de decisões mais prontas, cedeu ele, por diversos meios, a tarefa de estabelecer a legislação referente ao que mais de perto concerne ao *Welfare State*.

Em realidade, essa transferência não pode ser condenada em abstrato, em nome da democracia, como ainda vez por outra se faz. Ao tempo de Montesquieu, ao tempo em que o Direito Constitucional clássico era revolucionário, o Executivo era o monarca de direito divino, o Legislativo, as Câmaras de representação popular. Daí decorria que toda abdicação do Legislativo em favor do Executivo podia ser politicamente interpretada como uma regressão, como um passo de volta à autocracia. Hoje,

porém, o Executivo não tem origem menos democrática do que o Legislativo. Ao contrário, não é raro o caso em que parece mais democrático por sua eleição repousar num mecanismo mais simples e direto.

Mormente no caso do parlamentarismo, em que o Executivo, o gabinete, repousa sobre a maioria parlamentar, a mesma que bastaria para aprovar a lei, nada há de objetável contra a delegação, sob o aspecto político.

Cabe salientar que essas mesmas razões que estimularam a prática das delegações são responsáveis pelo fortalecimento do Poder Executivo em detrimento do Poder Legislativo. À medida que este abdicava de exercer na plenitude as suas funções, crescia aquele que, prazerosamente, as assumia. Hoje, em todo o mundo, mais “legisla” o Executivo do que o dito Legislativo. E dificilmente este poder recuperará o terreno perdido. Mesmo porque, com o desenvolvimento dos partidos, a cúpula destes ocupa o Executivo e destarte comanda o Legislativo, composto de membros desses partidos.

Este assunto é especialmente desenvolvido no estudo do processo legislativo (v., adiante, Cap. 21).

3. O PODER FINANCEIRO

Se bem que o Poder Legislativo se caracterize em função da elaboração de leis (formalmente atos adotados segundo um processo especial — o processo legislativo fixado na Constituição), seu papel nunca se resumiu nem se resume, nessa tarefa. Tradicionalmente, o Legislativo é o poder financeiro. De fato, às Câmaras, ditas legislativas, por tradição que data do medievo, compete autorizar a cobrança de tributos, consentir nos gastos públicos, tomar contas dos que usam do patrimônio geral.

Na verdade, o poder financeiro das Câmaras é historicamente anterior ao exercício, por elas, da função legislativa. De modo geral as Câmaras representativas, na Idade Média, destinavam-se precipuamente a consentir nos impostos, em razão do princípio largamente difundido de que sem o consentimento dos contribuintes ou de seus representantes não pode haver cobrança de tributos, princípio esse, por exemplo, consagrado na Magna Carta de 1215.

O poder de votar as regras jurídicas — as leis — foi, em realidade, conquistado por essas Câmaras, na Inglaterra, a “mãe dos Parlamentos”, por meio de uma barganha: o consentimento em impostos em troca da extensão de sua influência na função legislativa.

Em razão desse poder financeiro, conta o Legislativo com um auxiliar, o Tribunal de Contas.

4. A RAZÃO DE SER DO TRIBUNAL DE CONTAS

A existência de um órgão especializado que fiscalize a realização do orçamento e a aplicação do dinheiro público pelas autoridades que o despendem, é necessidade de há muito sentida, no Brasil e fora dele. Entre nós, já no Império, tentou-se implantar um órgão com essas funções.

Todavia, foi o Governo Provisório que criou o Tribunal de Contas, pelo Decreto n. 966-A, de 7 de novembro de 1890. Tal decreto foi da lavra de Rui Barbosa, que também inspirou a inserção desse órgão de contas no texto constitucional (art. 89 da Lei Magna de 1891). E daí em diante o Tribunal de Contas está presente em todas as Constituições federais.

5. AS FUNÇÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS

Sua função geral é a de auxiliar o Congresso Nacional no controle externo que lhe cabe exercer sobre a atividade financeira e orçamentária da União (art. 71). Para tanto, incumbe-lhe apreciar as

contas do Presidente da República, desempenhar funções de auditoria financeira e orçamentária, bem como julgar as contas dos administradores e responsáveis por bens e valores públicos (art. 71).

No tocante às contas do Presidente da República, cabe-lhe dar parecer num prazo de sessenta dias sobre as que forem prestadas anualmente (art. 71, I).

6. STATUS DO TRIBUNAL DE CONTAS E DE SEUS MEMBROS

Embora vinculado ao Legislativo, o Tribunal de Contas é assimilado aos tribunais judiciários no tocante às garantias de sua independência. Em vista disso, aplica-se-lhe o disposto no art. 96, de modo que ele elege seu Presidente e membros de sua direção, organiza os seus serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos, propõe diretamente ao Legislativo a criação ou extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos, elabora o seu regimento interno etc.

Por outro lado, os seus membros, designados por ministros, gozam das garantias da magistratura, das prerrogativas e vencimentos dos componentes do Superior Tribunal de Justiça, bem como sofrem os mesmos impedimentos que colhem a estes.

7. COMPOSIÇÃO

A Constituição fixou em nove o número de membros do Tribunal de Contas da União.

Estabeleceu, entretanto, que os membros desse Tribunal serão por um terço escolhidos pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, e por dois terços pelo Congresso Nacional.

Exige dos mesmos serem brasileiros, com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de idoneidade moral e notórios conhecimentos jurídicos, econômicos, financeiros, de administração pública, ou contábeis. Exige ainda experiência de dez anos na área dos conhecimentos requeridos (art. 73, § 1º, I a IV).

8. O PODER DE CONTROLE POLÍTICO

Votando as leis e os tributos, os Parlamentos estavam numa posição favorável para pretender, e exercer, uma supervisão sobre todo o governo. Assim, desenvolveram uma atitude de *controle* em relação a todos os órgãos deste, que iria resultar no princípio da responsabilidade política.

Esse *controle político* é talvez hoje a principal contribuição dos Parlamentos para o processo político. De fato, a prática das *delegações*, o *leadership* exercido pelo “Executivo”, fenômenos que, mais ou menos pronunciados ou disfarçados, se observam em toda parte, vêm deixando as Câmaras como mero órgão de fiscalização onde se debatem, criticam e justificam as opções governamentais para edificação da opinião pública.

9. RELAÇÃO ENTRE CONTROLE POLÍTICO E SISTEMAS DE GOVERNO

Esse controle é pelas Câmaras mais eficazmente desempenhado nos regimes parlamentaristas, onde a sorte do gabinete está em mãos da maioria parlamentar. As Constituições que adotam esse regime costumam, seguindo os ditames da racionalização do poder, regular minuciosamente os instrumentos desse controle, prevendo “questões escritas”, “questões orais”, e, sobretudo, “moções de censura”, e “moções de desconfiança”, moções estas que, aprovadas, acarretam a demissão do ministro ou do

gabinete.

No presidencialismo, essa fiscalização é mais grosseira e menos eficiente. Afora o seu desempenho através da atividade de qualquer parlamentar (em discurso e outras manifestações), ela é exercida principalmente pelas comissões de inquérito.

10. AS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO

As comissões de inquérito, que devem ser distinguidas das comissões permanentes, organizadas para apreciar os projetos e dar parecer sobre eles, de um ângulo determinado, são comissões especiais e temporárias criadas para a apuração de fato ou fatos determinados.

Não são típicas do presidencialismo. Ao contrário, mostra Souza Sampaio (*Do inquérito parlamentar*, p. 10 e s.) que foram estabelecidas, pela primeira vez, na Câmara dos Comuns, de onde passaram para as assembleias das colônias britânicas da América do Norte e para as Constituições estaduais, sem que houvessem chegado à Constituição federal americana. Sua importância, todavia, cresce no regime presidencialista, ao qual faltam, como já se disse, os principais meios de controle do governo.

Ao Direito brasileiro, porém, as comissões de inquérito só efetivamente chegaram com a Constituição de 1934 e sobretudo por influência da Constituição de Weimar, embora fossem os Estados Unidos o grande exemplo de sua frequência e eficiência.

Sem dúvida, Pimenta Bueno já as sugerira para a fiscalização administrativa mas sem êxito. Igualmente, no silêncio da Constituição de 1891, o regimento do Senado chegou a prevê-las. Entretanto, foram até 1930 esporádicas e infrutíferas as tentativas de pô-las em ação.

A Constituição de 1934 as instituiu, no art. 36, nas mesmas linhas que a de 1946 iria adotar, no seu art. 53, depois de serem elas esquecidas pela Carta de 1937. Tais linhas permanecem ainda hoje.

São elas: 1) devem visar à apuração de fato determinado; 2) funcionarão por prazo certo; 3) têm poderes de investigação análogos ao do juiz; 4) serão constituídas a requerimento de um terço dos membros da Casa; 5) deverão explicitar as suas conclusões, num documento final (art. 58, § 3º).

Observe-se que a finalidade das Comissões de Inquérito é obter elementos úteis à atividade parlamentar, não necessariamente vinculados a ilícitos penais. Todavia, se no curso de seus trabalhos forem identificados eventuais ilícitos, deverá esse fato ser comunicado ao Ministério Público para as providências cabíveis.

11. O IMPEACHMENT

Como expressão ainda da função de controle do Parlamento sobre o governo, deve, a nosso ver, ser encarado também o *impeachment*. Por *impeachment*, de modo lato, se deve aqui entender o processo pelo qual o Legislativo sanciona a conduta de autoridade pública, destituindo-a do cargo e impondo-lhe pena de caráter político.

A natureza do *impeachment* é de caracterização das mais difíceis, do que resulta profundo dissídio doutrinário. De fato, há motivos para que se hesite em considerá-lo processo penal, como há para que se duvide ser ele processo político.

12. ORIGEM DO IMPEACHMENT: GRÃ-BRETANHA

O *impeachment* é uma criação inglesa. Funda-se ele na ideia, hoje lugar-comum, de que o

governante não é senhor do poder que exerce mas apenas um delegado ou representante do povo, ou da comunidade, à qual tem contas a prestar.

Criação inglesa, desenvolveu-se especialmente do século XIII à primeira metade do século XVII depois do que se tornou menos frequentemente usado. Tinha caráter judicial (no sentido que usualmente se dá a essa palavra). Fundava-se em crime e seu objetivo era não só a destituição da autoridade acusada mas também a aplicação à mesma de uma pena corporal. Assegurando, todavia, defesa ao acusado, foi menos usado quando o Parlamento se tornou impaciente com as delongas e preferiu empregar em seu lugar a lei condenatória (*bill of attainder*). Saliente-se, contudo, que a Revolução de 1688 o tornou ainda mais grave para o acusado, pois vedou ao monarca que concedesse graça aos condenados, no processo de *impeachment*.

Veio o *impeachment* a perder importância no curso do século XVIII quando aos poucos se estruturou o parlamentarismo. Na verdade, foi ele a fonte da responsabilidade política do gabinete, visto que pairava sobre o ministro desapoiado pela maioria parlamentar ameaça de *impeachment*, dado que, não havendo rol preciso e claro dos crimes que o ensejavam, o ministro jamais estava seguro de que sua conduta, por desagradar ao Parlamento, não seria considerada criminosa.

O estabelecimento incontestado do princípio da responsabilidade política do gabinete, e de cada ministro individualmente considerado, trouxe em breve o desuso do *impeachment*. De fato, depois de 1806, ao que consta, não foi mais usado.

13. EVOLUÇÃO DO IMPEACHMENT: ESTADOS UNIDOS

O Direito Constitucional norte-americano é que salvou do esquecimento esse instituto. Constituições de Estados (p. ex., Virgínia, Massachusetts) e a própria Constituição Federal (art. 2º, seção 4ª) o consagraram.

Consagrando-o, todavia, não lhe imprimiram o caráter original. Se o processo continua a ter caráter contencioso, agindo o Congresso como o faria um Tribunal, não pode ele acarretar senão destituição do acusado que é ao mesmo tempo inabilitado para o exercício de funções públicas. Não culmina, pois, por aplicação de pena, estritamente falando.

Funda-se em crime — *misdemeanors* — mas nenhuma lei cataloga esses *misdemeanors*. Por isso, ensina Corwin (*The president: office and powers*, p. 351-6), deve-se entender que qualquer violação grave da lei do país o justifica.

Conforme o próprio Corwin sugere, o *impeachment* norte-americano tem caráter misto. Pressupõe crime, mas como tal se deve entender violação grave de lei, culmina com a aplicação de uma “pena” política — destituição — por órgão político — o Senado — cuja apreciação é sempre política. Entretanto, não é mera *inquest of power*, processando-se contenciosamente, como um processo penal *sui generis*.

Ainda, contra o Pres. Nixon, se tomaram as medidas preliminares de um processo de *impeachment*, em razão do chamado caso *Watergate*. Revelou-se aí a inviabilidade dessa instituição lenta e desatualizada para os dias que correm. Por muito tempo e com danosas consequências para os Estados Unidos, se arrastaria o processo, se a pressão da opinião pública não tivesse levado Nixon à renúncia.

14. O IMPEACHMENT NO DIREITO BRASILEIRO

Entre nós, o *impeachment* já foi previsto pela Constituição de 1824 (arts. 133 e 134) para os ministros de Estado e não para autoridades públicas em geral, como é da tradição anglo-saxônia. Lei

complementar, de 15 de outubro de 1827, regulou-o em termos penais. O desenvolvimento da responsabilidade política, entretanto, o conservou sem uso, fora casos esporádicos, em 1827, 1828, 1829, 1831, 1832 e 1834, os quais não chegaram à condenação (v. Paulo Brossard, *O impeachment*, Porto Alegre, 1965, p. 41).

Todas as Constituições republicanas, sem exceção, o previram em termos próximos (v. 1891, art. 53; 1934, art. 57; 1937, art. 85; 1946, art. 89; 1967 com a redação da EC n. 1/69, art. 82; 1988, art. 85). Todavia, jamais esse processo chegou a termo e a condenação, não havendo sido jamais suspensa qualquer autoridade do exercício de suas funções em razão do *impeachment*, no plano federal, salvo o Pres. Collor.

15. NATUREZA DO INSTITUTO

A maioria da doutrina brasileira entende que o *impeachment* é um instituto de natureza política. Entre os adeptos desta tese arrolam-se Brossard, o melhor monografista da matéria, Themístocles Cavalcanti, Epitácio, Maximiliano etc. Em igual posição coloca-se a jurisprudência, segundo relata Brossard (*O impeachment*, cit., p. 82). A tese de que o *impeachment* possui natureza penal, entretanto, conta com defensores, entre os quais se salienta Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967*, v. 3, p. 138). Enfim, posição intermediária ocupa pelo menos um ilustre mestre, o Prof. José Frederico Marques (*Da competência em matéria penal*, São Paulo, 1953, p. 154), que dá ao *impeachment* natureza mista.

Tal dissídio força o estudioso a uma análise detida do instituto antes de formar convicção.

Em primeiro lugar, impõe-se o exame do fundamento do *impeachment*. A consulta à Constituição de 1988, art. 85, revela ser ele uma *conduta contrária à Constituição*. A lei, todavia (n. 1.079, de 10-4-1950), define as figuras que dão ensejo ao *impeachment*. Sem dúvida, a maior parte dessas figuras retrata comportamentos politicamente indesejáveis e não condutas antissociais. Essas figuras, pois, não são crimes, no sentido que a ciência penal dá a esse termo. Todavia, a ocorrência de fatos que se enquadram exatamente na descrição da figura da Lei n. 1.079 é indispensável para que possa desencadear-se o *impeachment*. Assim, o fundamento deste em sua substância é político, mas em sua forma é um crime (em sentido formal).

Segundo ponto a considerar é o processo, em seu objetivo e sua forma. O objetivo do *impeachment* é principalmente político: a destituição da autoridade culpada (v. art. 52, parágrafo único). Todavia, acompanha essa destituição uma sanção punitiva, uma “pena”, portanto “a inabilitação por oito anos, para o exercício de qualquer função pública” (art. 52, parágrafo único, *in fine*). A aplicação dessa “pena”, contudo, não exclui a aplicação de outra pela justiça ordinária, se o ato configurar alguma das catalogadas no Código Penal, ou noutra lei penal ordinária. Ressalta daí o caráter *sui generis* da inabilitação como pena, já que do contrário haveria *bis in idem*. Por outro lado, a absolvição do acusado pelo Senado impede seja ele processado pela justiça comum, o que revela não ser estritamente política a natureza da “pena”.

Quanto à forma, o *impeachment* tem natureza judiciária na medida em que por isso se entende a observância de um rito e a concessão de amplas garantias à defesa (v. Lei n. 1.079, arts. 14 e s.). Tanto assim que o Código de Processo Penal é legislação subsidiária (Lei n. 1.079, art. 38). No entanto, tradicionalmente, se sustenta que a Câmara dos Deputados, ao examinar a procedência da acusação, deve apreciá-la politicamente, enquanto o Senado deve agir como juiz, deve julgá-la. Essa interpretação é discutível. Sem dúvida, há larga margem para apreciação de caráter político, ao se encarar o que seja uma conduta contrária à Constituição. Entretanto, se essa conduta vem definida em

lei como configurando “crime de responsabilidade”, é difícil compreender de que maneira pode a Câmara, sem violar a lei, deixar de reconhecer como tal uma figura na lei descrita.

16. O PROCEDIMENTO

Na Constituição brasileira de 1988, o *impeachment* não pode ser movido senão contra o Presidente e o Vice-Presidente da República (art. 85), contra os ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica (art. 52, I), contra os ministros do Supremo Tribunal Federal, contra o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União e os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público (art. 52, II), no plano federal, e contra as autoridades equivalentes nos planos estadual e municipal. Na verdade, por sua forma, só mereceria o nome de *impeachment* o processo contra o Presidente e os ministros nos crimes com os daqueles conexos. Todavia, o uso consagrou o emprego da expressão para designar todos os casos acima.

De acordo com a Constituição de 1988, o processo e o julgamento do Presidente nos crimes de responsabilidade cabem ao Senado Federal. Este será então presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, e só poderá proferir sentença condenatória pelo voto de dois terços de seus membros.

Note-se que, instaurado o processo pelo Senado, ficará o Presidente suspenso de suas funções. Isto por um máximo de seis meses.

À Câmara dos Deputados compete tão somente dar, ou não, licença para que o Presidente seja processado. Esta licença exige o voto favorável de dois terços dos membros da Câmara.

Caso condenado no crime de responsabilidade, o Presidente da República perderá o cargo e sofrerá a pena acessória de inabilitação, por oito anos, para o exercício de qualquer função pública.

Se o crime, além de ser de responsabilidade, for também comum, o Presidente da República responderá por ele perante o Supremo Tribunal Federal, podendo então receber pena propriamente dita.

Quanto ao Ministro de Estado, no caso de crime de responsabilidade conexo com o do Presidente da República, será ele processado e julgado pelo Senado Federal. Entretanto, se o crime não for conexo com delito do Presidente, será ele processado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

No caso de crimes de responsabilidade dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, não conexos com crime do Presidente da República, é do Supremo Tribunal Federal a competência para o processo e julgamento.

17. O PROCESSO DOS CRIMES COMUNS

Com relação a crimes comuns, o Presidente da República há de ser processado e julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Entretanto, esse processo depende de licença por parte da Câmara dos Deputados, que exige o voto favorável de dois terços dos seus membros.

18. APRECIÇÃO SOBRE O IMPEACHMENT

Não se pode concluir o exame do *impeachment* sem que se aprecie o seu valor. A este propósito, até o caso envolvendo o Pres. Collor, a doutrina era unânime: tratava-se de uma peça de museu.

Isto porque, por um lado, sua maquinaria é por demais complexa, conseqüentemente lenta e

trabalhosa, por outro, a soma de poderes com que conta o Presidente dificulta sobremodo a sua efetivação.

Ainda é muito cedo para avaliar o caso Collor. De qualquer modo vale apontar que as exceções não infirmam a regra. Além disso, para que o processo fosse adiante, foi preciso que se aceitassem interpretações extremamente contestáveis do texto constitucional, como a da recepção parcial da Lei n. 1.079/50. Com efeito, esta Lei era estabelecida de acordo com a Constituição de 1946, na qual a Câmara dos Deputados fazia o processo do *impeachment* e o Senado julgava o acusado. Ora, na Constituição vigente, o Senado processa e julga o acusado, limitando-se a Câmara dos Deputados a admitir a acusação.

Capítulo 20

ORGANIZAÇÃO E GARANTIAS DO LEGISLATIVO

SUMÁRIO: 1. A organização do Legislativo. 2. O unicameralismo. 3. O bicameralismo. 4. O bicameralismo na história constitucional brasileira. 5. As sessões conjuntas do Congresso Nacional. 6. A organização do Legislativo no Brasil: direção autônoma. 7. A auto-organização e seus limites. 8. As comissões. 9. Condições de elegibilidade. 10. O Senado na Federação. 11. Funções do Senado. 12. Composição. 13. A Câmara dos Deputados: missão constitucional. 14. Composição. 15. Crítica. 16. O modo de eleição dos deputados. 17. Funções privativas da Câmara dos Deputados. 18. Garantias da independência do Legislativo. 19. A remuneração. 20. As imunidades. 21. Proibições. 22. Impedimentos. 23. Incompatibilidades. 24. Zona cinzenta. 25. Perda do mandato. 26. Decoro parlamentar. 27. A infidelidade partidária.

LEITURA COMPLEMENTAR: Pedro Aleixo, *Imunidades parlamentares*, Belo Horizonte, 1961; Barbosa Lima Sobrinho, *Imunidades dos deputados estaduais*, Belo Horizonte, 1966; Fernanda Dias Menezes de Almeida, *Imunidades parlamentares*.

1. A ORGANIZAÇÃO DO LEGISLATIVO

Na democracia representativa, tradicionalmente o Legislativo é confiado a órgãos coletivos que devem representar o povo e por ele decidir em questões capitais. Na lição de Montesquieu: “Como, num Estado livre, o homem, que se reputa ter uma alma livre, deve ser governado por si próprio, seria preciso que o povo tivesse o poder legislativo. Mas como isso é impossível nos grandes Estados, e sujeito a muitos inconvenientes nos pequenos, é preciso que o povo faça por seus representantes tudo o que não pode fazer por si próprio” (*O espírito*, cit., Liv. XI, cap. VI).

Todavia, deve esse poder ser entregue ao corpo de representantes organizado numa Câmara, em duas, ou numa pluralidade delas? Todas essas fórmulas foram experimentadas.

Conhecido é o caso da Constituição francesa do ano VIII da Revolução que confiava a elaboração dos projetos a uma Câmara — o Conselho de Estado —; sua discussão, a outra — o Tribunato —; sua votação, a terceira — o Corpo Legislativo —; e, enfim, a verificação de sua constitucionalidade ao Senado.

As fórmulas comuns, entretanto, em direito comparado, são a da unicidade e a da dualidade de

2. O UNICAMERALISMO

A unicidade da Câmara Legislativa é excepcional. É adotada em Portugal e em alguns Estados, de dimensão territorial e pessoal exíguas, como Luxemburgo.

3. O BICAMERALISMO

A regra comum é o bicameralismo, isto é, a existência de duas Câmaras que, em pé de igualdade ou não, participam do desempenho das tarefas ordinariamente confiadas ao Legislativo.

O bicameralismo, por sua vez, obedece a quatro tipos diversos, conforme a natureza da segunda Câmara. O primeiro deles é o tipo aristocrático, hoje em quase completa desapareição, frequente, todavia, no século XIX. Neste a segunda Câmara destina-se a representar uma classe, a nobreza. Atualmente, é exemplo de Câmara assim destinada a dos Lordes, na Grã-Bretanha, cuja influência juridicamente é quase nula mas que ainda é ponderável politicamente, dado o fato de compreender a elite intelectual e profissional enobrecida pela Coroa, em razão de seus serviços.

Outro tipo é o federal. Neste, a Câmara alta representa os Estados federados; a baixa, o povo. Na verdade, não há Estado federal que não seja bicameral, inclusive no campo marxista.

O terceiro é o bicameralismo sistemático; ou de moderação. Aqui, a existência da segunda Câmara deriva da consideração da necessidade de se refrearem os impulsos da representação, estabelecendo uma Câmara cuja composição faça agir como contrapeso. E esse o caso do Senado italiano e do Senado francês contemporâneos.

O quarto é o do bicameralismo técnico, onde a segunda Câmara é especializada, tendo uma função de assessoria técnica. É o caso das Câmaras Corporativas, como a estabelecida na Áustria, em 1934. Com estas segundas Câmaras não devem ser confundidos, todavia, certos órgãos de caráter meramente consultivo, como o Conselho econômico previsto na Constituição francesa de 1946.

4. O BICAMERALISMO NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A Constituição vigente estabelece que o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (art. 44). Mantém, portanto, o bicameralismo, como é de nossa tradição constitucional. Com efeito, todas as Constituições brasileiras deram estrutura bicameral ao Legislativo. Variou, porém, o caráter desse bicameralismo.

A Carta de 25 de março de 1824 confiava o Poder Legislativo à Assembleia Geral (exigindo para seus atos a sanção imperial). Esta assembleia se compunha de uma Câmara de Deputados, representativa do povo, e de um Senado, de membros vitalícios, com função de contrapeso e moderação. Tal bem claro deflui das condições da elegibilidade para o mesmo, especialmente quanto ao censo mais alto e à idade mais avançada. Adotava, pois, essa Constituição o bicameralismo sistemático.

A Constituição de 1891, como o faz a atual, conferia o Legislativo ao Congresso Nacional, composto de uma Câmara baixa, a dos Deputados, e de uma alta, o Senado, representativo dos Estados federados. Filiava-se, pois, ao bicameralismo federal, ainda que, na exigência de idade mais avançada para os membros do senado, mostrasse laivos de inspiração moderadora.

A de 1934 também deve ser inscrita como partidária do bicameralismo federal, assim como a de 1937. Ambas, todavia, amesquinhavam o papel da Câmara alta (chamada na Carta do Estado Novo de Conselho Federal). De fato, aquela a considerava mera colaboradora da outra e a inscrevia entre os órgãos de coordenação entre os poderes. Esta nela inscrevia representantes escolhidos pelo Presidente, o que a desnaturava numa larga medida.

A Constituição de 1946 reatou com a tradição de 1891. Atribuiu as tarefas do Legislativo ao Congresso Nacional, composto da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. O mesmo ocorreu com a Constituição de 1967.

Assim a atual.

5. AS SESSÕES CONJUNTAS DO CONGRESSO NACIONAL

A nova Constituição se manteve nas linhas mestras já em 1891 traçadas. Como a anterior, previu que certos atos só fossem praticados pelo Congresso em sessão conjunta. Destarte, é em sessão conjunta do Congresso que se há de: 1) inaugurar a sessão legislativa (em 2 de fevereiro de cada ano); 2) elaborar o regimento comum e regular a criação dos serviços comuns às duas Casas; 3) receber o compromisso do Presidente e do Vice-Presidente da República; 4) conhecer do veto e sobre ele deliberar (art. 57, § 3º, I, II, III e IV); 5) discutir e votar o orçamento (art. 166) etc.

6. A ORGANIZAÇÃO DO LEGISLATIVO NO BRASIL: DIREÇÃO AUTÔNOMA

Para que seja assegurada a independência das Câmaras, é necessário que sejam elas dirigidas por membros seus, livremente eleitos. Essa é, aliás, a regra constitucional. Cada Câmara é dirigida por uma *mesa* (art. 57, § 4º), composta de um presidente e de quantos cargos entender ela conveniente, sendo que as sessões conjuntas serão presididas pelo presidente do Senado, devendo os demais cargos ser exercidos pelos ocupantes dos mesmos cargos na mesa da Câmara e do Senado, alternativamente (art. 57, § 5º).

Sob a Constituição de 18 de setembro de 1946 e até a promulgação da Emenda Constitucional n. 4, era o Vice-Presidente da República presidente nato do Senado. Tal decorria de tradição consolidada na primeira República e nos Estados Unidos e se justificava como um expediente para que um dos Estados federados não se visse inferiorizado, já que ao Presidente só cabe o voto de qualidade.

Na verdade, isso não tem razão de ser. O “prejuízo” do Estado é mais do que compensado pelo fato de ter ele um de seus representantes à testa de todo o Congresso.

A Constituição de 1967 deu ao Vice-Presidente da República a presidência do Congresso (art. 79, § 2º). A Emenda n. 1, porém, retirou-lhe essa função. Cabe, assim, a presidência do Congresso ao presidente do Senado, disciplina mantida na Constituição de 1988 (art. 57, § 5º).

7. A AUTO-ORGANIZAÇÃO E SEUS LIMITES

Igualmente, como garantia do Poder Legislativo, estabelece a Constituição a auto-organização do Congresso e de cada uma das Câmaras. Impõe ela, todavia, certas regras gerais de funcionamento que devem ser respeitadas. Afora a regra quanto à abertura e ao término das sessões legislativas, que se estenderão de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro (art. 57), a Constituição determina que:

- 1) as deliberações só são possíveis presente a maioria dos membros da Câmara (art. 47);
- 2) as deliberações serão por maioria simples, “salvo disposição constitucional em contrário” (art. 47);
- 3) o voto será secreto, em determinadas votações que especifica (p. ex.: art. 66, § 4º);
- 4) na constituição das comissões há de ser observada “tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos nacionais ou blocos parlamentares que participam da respectiva Casa” (art. 58, § 1º).

8. AS COMISSÕES

A nova Lei Fundamental valorizou as comissões parlamentares dedicando-lhes uma seção específica.

No seio da Câmara, para finalidades determinadas, organizam-se grupos, que são as comissões. Dessas comissões umas são permanentes, destinando-se ao exame da matéria submetida à Câmara de um ponto de vista especializado. Há assim a Comissão de Justiça, a de Finanças etc. Outras são temporárias ou especiais e se constituem para cumprir uma finalidade qualquer, e, obtida esta, ou pelo decurso do prazo que lhe foi dado, automaticamente se dissolvem.

Dispôs o constituinte sobre os poderes das comissões, em razão da matéria de sua competência, alargando-lhes o âmbito de sua atuação (art. 58, § 2º), como, por exemplo, a apreciação “de programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer”.

Muito importantes dentre elas são as comissões de inquérito, que se constituem para apurar fato determinado, conforme se viu no capítulo anterior. Terão elas poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, que poderão ser acrescidos de outros poderes por força de disposição do Regimento Interno da Casa.

A todas as comissões, permanentes ou não, se aplica a exigência constitucional de proporcionalidade. A Constituição permite que seja delegada à comissão a deliberação sobre projeto de lei. É a chamada delegação *interna corporis* (arts. 58, § 2º, I).

Cria a Lei Fundamental uma comissão representativa do Congresso Nacional que funcionará nos períodos de recesso e cujas atribuições deverão constar do Regimento do Congresso, exigida, no entanto, a proporcionalidade de representação partidária na sua composição (art. 58, § 4º).

9. CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE

Para que alguém possa ser eleito para o Congresso, é necessário que preencha determinados requisitos, a saber:

1) seja brasileiro; 2) seja eleitor; 3) não seja inelegível; 4) tenha mais de vinte e um anos, para a Câmara dos Deputados; mais de trinta e cinco anos, para o Senado.

Inova o texto constitucional ao não mais reclamar a qualidade de brasileiro nato para os congressistas. Apenas os presidentes de cada uma das duas Casas é que deverão ser brasileiros natos.

Assim, em consequência, o brasileiro naturalizado, preenchidas as demais condições, pode ser eleito deputado ou senador, não podendo, contudo, tornar-se presidente da respectiva Casa.

10. O SENADO NA FEDERAÇÃO

O Senado brasileiro é, pois, uma Câmara componente do Congresso Nacional, de caráter federal,

embora com laivos de inspiração moderadora.

Cumpra, estruturalmente, o papel de representar na gestão do interesse nacional os Estados-Membros da Federação. Todavia, em razão da existência de partidos nacionais que dividem entre si as cadeiras nele existentes, na realidade dos fatos o Senado é bem menos uma Câmara de representação dos Estados que uma outra assembleia popular, de espírito mais conservador.

A Emenda n. 25/85 deu representação no Senado também ao Distrito Federal, como ocorre no texto em vigor.

11. FUNÇÕES DO SENADO

É o Senado, de pleno direito, integrante do Legislativo, não podendo aprovar-se lei sem que tenha oportunamente se manifestado sobre o projeto. Em decorrência, porém, do processo adotado pela Constituição para a feitura das leis, é normalmente uma Câmara de revisão.

Possui ele certo número de competências privativas, algumas fruto da imitação de instituições alienígenas, outras, de seu caráter federal, terceiras, de sua inspiração moderadora.

Cabe-lhe, assim, uma intervenção no desempenho da função executiva que transparece no fato de ser exigida a sua ratificação para certas no-meações.

Nesse particular, a competência do Senado foi bastante alargada.

Cabe-lhe a aprovação da escolha de alguns magistrados; ministros do Tribunal de Contas indicados pelo Presidente da República; governador de Território; presidente e diretores do banco central; procurador-geral da República e chefes de missão diplomática de caráter permanente, sempre por voto secreto e mediante arguição pública salvo com relação aos chefes de missão diplomática, quando a arguição é também secreta (art. 52, III, *a a f*, e IV). Afora outros que a lei determinar.

Incumbe-lhe, privativamente, também, a fiscalização dos Estados e dos Municípios no que tange aos empréstimos externos que os mesmos desejem contrair (v. CF, art. 52, V), competência que deflui de ser a câmara de representação da Federação.

É outrossim exclusivamente ao Senado que cabe ainda julgar o Presidente e o Vice nos crimes de responsabilidade, e os ministros de Estado e comandantes-em-chefe das Forças Armadas se conexo o crime com o daquele (CF, art. 52, I), assim como processar e julgar os ministros do Supremo, o Procurador-Geral da República e o Advogado-geral da União, bem como os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, nos mesmos crimes (art. 52, II).

É de sua competência privativa o suspender a execução de leis e decretos no todo ou em parte julgados inconstitucionais, por decisão definitiva do Supremo (art. 52, X). Essa competência lhe foi atribuída pela Constituição de 1934 (art. 91) e é sem símile. Por ela, o Senado tinha o caráter de órgão de coordenação entre Legislativo e Judiciário, dificilmente conciliável na Constituição atual com o seu caráter de integrante do Congresso. Exercendo essa função, cumpre o Senado relevante papel para o estabelecimento de segurança nas relações jurídicas.

Note-se que no desempenho dessa função o Senado não pode apreciar o mérito da decisão, ou, em outras palavras, se há ou não a inconstitucionalidade identificada. Só lhe cabe verificar se os requisitos formais da decisão foram observados.

12. COMPOSIÇÃO

Os senadores são eleitos, por voto direto e secreto, pelo sistema majoritário em único turno.

O número de senadores é múltiplo do de Estados, pois adota o nosso ordenamento o princípio de igual representação dos Estados da Federação. Esse princípio de paridade é, aliás, tradicional no federalismo brasileiro, como o é no suíço e norte-americano. A ele faz exceção, todavia, o federalismo germânico, onde o número de senadores não é igual para cada Estado, obedecendo esse número a relação com a população da unidade federada.

Hoje, entre nós, cada Estado tem três representantes, o que é inovação da Constituição de 1946, já que a tradição era ter dois. Com a Emenda n. 25/85 voltou a ter o Distrito Federal representação no Senado, o que foi mantido na Constituição vigente. Essa representação era da tradição de nosso Direito, prevista que foi em 1891, 1934 e 1946, sendo encontrada igualmente no México, na Venezuela e na Argentina. Inexiste, contudo, no modelo, a Constituição dos Estados Unidos da América.

A escolha dos senadores, para que realmente espelhasse o interesse dos Estados e não o das facções políticas por que se distribui o povo destes, deveria ser conferida aos órgãos das unidades federadas. Assim, o previa o Direito norte-americano, por exemplo, como o prevê o Direito da Alemanha (art. 60 da Lei Fundamental). Desde a Emenda n. 17, a eleição é direta nos Estados Unidos, e voltou a ser no Brasil, para todos os senadores, depois da Emenda n. 15 à Carta de 1967.

O mandato do senador é de oito anos. Todavia, esta Câmara se renova parcialmente a cada quatro anos, alternadamente por um terço e por dois terços.

13. A CÂMARA DOS DEPUTADOS: MISSÃO CONSTITUCIONAL

A Câmara dos Deputados destina-se a representar o povo. Seus membros gozam de mandato de quatro anos.

14. COMPOSIÇÃO

A Constituição em vigor adotou o critério do número de habitantes para a distribuição de cadeiras aos Estados e ao Distrito Federal. Atribui a estes um mínimo de oito e um máximo de setenta deputados, a serem repartidos de modo proporcional ao número de habitantes. Cada Território terá direito a quatro deputados (art. 45 e §§ 1º e 2º).

15. CRÍTICA

Indiscutivelmente a repartição de cadeiras é injusta e ilógica. É ilógica porque todos sendo iguais perante a lei não há por que valorizar a representação de parcela do povo residente nos pequenos Estados em detrimento da que pertence aos Estados populosos. É injusta porque super-representa a população de certos Estados e sub-representa a de outros. Veja-se que, na eleição de 2002, São Paulo, com 37.032.403 habitantes, elegeu setenta deputados (1/529.034), enquanto Roraima, com 324.397 habitantes, elegeu oito (1/40.549). Ou seja, uma relação de 1/13, de modo que um habitante daquele pequeno Estado pesa, na Câmara dos Deputados, cerca de treze vezes mais que um habitante de São Paulo.

E se levarmos em conta o número de eleitores, São Paulo, com 25.655.553 eleitores, elegeu setenta deputados (1/366.507) e Roraima, com 208.524 eleitores, elegeu oito deputados (1/26.066). Ou seja, um eleitor de Roraima vale, na Câmara dos Deputados, mais de quatorze vezes que um eleitor paulista.

16. O MODO DE ELEIÇÃO DOS DEPUTADOS

As eleições para a Câmara dos Deputados obedecem ao sistema de representação proporcional, adotando o Código Eleitoral a modalidade da maior média para a distribuição das sobras, do modo seguinte:

1) somam-se os votos atribuídos a partidos (votos só de legenda) e a candidatos (que também se contam para o respectivo partido — a legenda), obtendo-se o total de votos de legenda;

2) divide-se o total de votos de legenda pelo número de cadeiras a preencher, obtendo-se o *quociente eleitoral*, desprezando-se as frações;

3) divide-se o número de votos de cada partido pelo *quociente eleitoral*, obtendo-se o número de eleitos, desprezando-se sempre as frações;

4) havendo *sobras* (cadeiras não atribuídas), deve-se procurar a *maior média*. Assim, soma-se uma unidade ao número de eleitos pelo partido, conforme o n. 3, eliminando-se o que não houver obtido número de votos ao menos igual ao *quociente* (n. 2), e por esse número divide-se o total de votos do partido. Repete-se a operação para cada partido e depois se averigua qual o que tem maior média e a este se confere o lugar;

5) se necessário, repete-se a operação anterior até que se distribuam todas as sobras.

17. FUNÇÕES PRIVATIVAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

São funções privativas da Câmara dos Deputados as enumeradas no art. 51 da Constituição, isto é, autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente da República, o Vice-Presidente e os Ministros de Estado. Tal autorização leva-os a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal nos crimes comuns e perante o Senado nos de responsabilidade. Também é dessa competência privativa a iniciativa da tomada de contas do Presidente, se este não as prestar até sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, bem como dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção de cargos, empregos e funções de seus serviços, fixando-lhes por lei a respectiva remuneração, observadas as diretrizes orçamentárias.

Cabe-lhe, também, elaborar o respectivo regimento interno e ainda eleger dois membros do Conselho da República.

18. GARANTIAS DA INDEPENDÊNCIA DO LEGISLATIVO

A organização do Legislativo só se completa se forem estabelecidas garantias suficientes para o seu funcionamento independente. Dessas garantias, algumas dizem respeito ao poder como tal. Entre estas, devem-se mencionar a auto-organização das Câmaras, seu autogoverno, sua reunião independentemente de convocação, a proibição de sua dissolução, garantias essas que já foram acima estudadas por estruturarem o próprio Legislativo.

Outras dizem respeito aos membros do Parlamento e configuram o seu estatuto. Compreendem, portanto, as prerrogativas e vantagens dos parlamentares, assim como os impedimentos, as incompatibilidades e sua sanção, no exercício do mandato.

19. A REMUNERAÇÃO

Entre as vantagens a que fazem jus os parlamentares, merece particular menção a remuneração (art.

49, VII).

A remuneração é percebida pelo desempenho da função. Não falta quem se insurja contra essa remuneração, ou contra o seu montante reputado excessivo. Todavia, há que se sublinhar dois aspectos: um, o de que essa remuneração atende a um imperativo democrático, pois sem ela a representação ficaria nas mãos dos ricos; outro, o de que essa remuneração deve pôr quem a recebe fora do alcance das tentações. Os gratuitos, observava Talleyrand, muita vez custam caro...

Cabe ao Congresso Nacional fixar remuneração idêntica para deputados e senadores.

A remuneração dos parlamentares está, contudo, sujeita a tratamento comum quanto ao pagamento de tributos (art. 49, VII).

Como vantagem, ainda se pode incluir a regra do art. 38, IV, da Constituição que beneficia os parlamentares que sejam funcionários públicos, mandando contar o tempo de exercício do mandato para todos os efeitos, exceto para promoção por merecimento.

20. AS IMUNIDADES

A necessidade de se assegurar ampla liberdade de ação ao parlamentar para o exercício do mandato inspira-lhe a outorga de certas prerrogativas. Estas são exceções ao regime comum, decorrentes não de seu interesse pessoal (pois se assim fosse seriam privilégios), mas do interesse público no bom exercício do mandato, do que resulta não serem renunciáveis por aqueles que são por elas escudados.

Tais imunidades têm o seu regime fixado pelo art. 53 da Constituição, com a redação estabelecida pela Emenda Constitucional n. 35/2001. São elas:

1) a *inviolabilidade penal* (art. 53, *caput*). Isto significa que é excluída a antijuridicidade, portanto a responsabilidade decorrente de opiniões, palavras e votos. Tal antijuridicidade deve-se entender no que concerne ao exercício do mandato, pois de outra forma haveria um privilégio (e não uma prerrogativa) em favor do parlamentar;

2) a *inviolabilidade civil*, também por opiniões, palavras e votos (art. 53, *caput*). Está nisto uma inovação da Emenda n. 35/2001, pois o direito anterior não a previa. Assim, o parlamentar não mais responde por dano moral, nem estará obrigado a indenizar o atingido eventualmente por suas palavras e opiniões. Claro, deve-se entender, desde que ligadas ao exercício do mandato;

3) o *foro privilegiado* (art. 53, § 1º). Desde a expedição do diploma que certifica a eleição para o Congresso Nacional, os deputados e senadores somente serão processados e julgados, criminalmente, pelo Supremo Tribunal Federal;

4) a *imunidade à prisão* (art. 53, § 2º). Desde a expedição do diploma, os deputados e senadores não poderão ser presos, exceto em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, ainda, o auto de prisão será, dentro de vinte e quatro horas, submetido ao Plenário da Casa a que pertencer o parlamentar, que, pela maioria de seus membros (maioria absoluta), “resolverá” sobre a prisão: manterá essa prisão ou libertará o preso;

5) a *possibilidade de sustação de processo criminal decorrente de delito cometido após a diplomação* (art. 53, § 3º). Se o deputado ou senador cometer após a diplomação um crime — exceto aqueles casos que são cobertos pela inviolabilidade (art. 53, *caput*), poderá ser processado e julgado (pelo Supremo Tribunal Federal). Entretanto, a pedido de partido político representado na Casa a que pertencer, e pelo voto da maioria absoluta dos membros desta, poderá ser susgado o andamento da ação penal, até o término do mandato.

Esse pedido de sustação deverá ser apreciado pela Casa no prazo de quarenta e cinco dias de seu

recebimento (art. 53, § 4º). Nada é previsto para a hipótese de não ocorrer no prazo essa apreciação.

A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato (art. 53, § 5º);

6) inovou o constituinte ao excluir o parlamentar da obrigatoriedade de testemunhar sobre informações que obtenha inerentes ao exercício da função, bem como de não revelar sua fonte (art. 53, § 6º);

7) a imunidade à incorporação às Forças Armadas (art. 53, § 7º). Só mediante licença da Câmara, inclusive em tempo de guerra, pode o parlamentar ser incorporado às Forças Armadas. Esta imunidade acompanha o membro do Congresso durante todo o mandato. Sua inserção no texto constitucional visa a impedir a repetição do que fez o Mal. Floriano, qual seja convocar nas férias para serviço ativo parlamentar opositor, a fim de que este “aprendesse disciplina”;

8) as imunidades dos parlamentares não poderão ser suspensas durante a vigência do estado de sítio, exceto por decisão de dois terços dos membros da respectiva Casa, restrita aos atos praticados fora do recinto do Congresso, quando incompatíveis com aquele estado (art. 53, § 8º).

21. PROIBIÇÕES

O parlamentar está sujeito a determinadas proibições que visam a evitar que ele se comprometa com interesses distintos daquele que se associa a seu mandato, ou que ele obtenha favorecimentos especiais em razão desse mandato.

Algumas destas proibições surgem desde a expedição do diploma, isto é, da certificação de sua eleição (Constituição, art. 54, I), outras desde a sua posse (Constituição, art. 54, II).

Costuma-se distribuir estas proibições por duas espécies: os impedimentos e as incompatibilidades. A linha de separação entre uma e outra espécie nem sempre é precisa.

22. IMPEDIMENTOS

Os chamados impedimentos destinam-se a obstar que os parlamentares gozem de vantagens indevidas, exatamente em razão de deterem o mandato.

Assim, fica o parlamentar impedido de firmar ou praticar determinados contratos, salvo se estes obedecerem a cláusulas uniformes (art. 54, I, *a*), com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, ou concessionária de serviço público. Igualmente, de ocupar ou vir a ocupar (“aceitar”) certas posições remuneradas (art. 54, I, *b*), e mesmo que sejam os chamados cargos de confiança (os de livre nomeação e livre exoneração — de demissibilidade *ad nutum*) (art. 54, II, *b*), nas entidades acima referidas.

23. INCOMPATIBILIDADES

Já as incompatibilidades têm em mira evitar que o parlamentar fique em situação de conflito de interesses. Assim, não pode ele ser titular de mais de um cargo ou mandato político. Realmente, detendo mais de um, poderia ficar na dificuldade de ter de escolher qual interesse mereceria sua atenção principal. Na Lei Magna em vigor, todavia, há exceções para essa incompatibilidade. São as enunciadas no art. 56, I, que permitem que o Deputado ou Senador possa, sem perder o mandato (mas afastando-se do exercício deste), ser investido no cargo de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital, ou chefe de missão diplomática temporária.

24. ZONA CINZENTA

Existe, porém, uma zona cinzenta em que a proibição tanto concerne a impedir favorecimentos como a evitar conflitos de interesse. É o caso da proibição de advogar, desde a posse, em causas em que seja interessada entidade pública (art. 54, II, c). Também, desde a posse, a de ser proprietário, controlador, ou diretor de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada (art. 54, II, a), nem ocupar cargo, de que seja demissível *ad nutum*, em pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, ou concessionária de serviço público. Com efeito, nestas hipóteses, por um lado, busca-se obstar o favorecimento, por outro, o surgimento de conflitos de interesse.

25. PERDA DO MANDATO

A sanção da violação das proibições mencionadas — tanto impedimentos como incompatibilidades — é a perda do mandato (Constituição, art. 55, I). Esta colhe também o parlamentar como punição pelo procedimento incompatível com o decoro parlamentar (Constituição, art. 55, II). Igualmente, o parlamentar que faltar, sem licença da Casa, ou missão por esta autorizada, à terça parte das sessões ordinárias da mesma (Constituição, art. 55, III). Enfim, o parlamentar que tiver suspensos, ou perder os direitos políticos (Constituição, art. 55, IV); ou quando o decretar a Justiça eleitoral (Constituição, art. 55, V), mormente no caso de impugnação de mandato eletivo (Constituição, art. 14, § 10); ou quando sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado (Constituição, art. 55, VI).

A punição — sempre a perda do mandato — é muito rígida, não permitindo uma graduação entre a gravidade da falta e a sanção desta.

Em nenhuma das hipóteses apontadas, contudo, a perda é automática. É o que se depreende dos diversos procedimentos que estatuem os parágrafos do art. 55: em todos os casos cabe ampla defesa.

Nas hipóteses de ausência das sessões, de perda ou suspensão de direitos políticos, ou de decisão da Justiça eleitoral (Constituição, art. 55, III a V), a perda é decretada pela Mesa da Casa a que pertencer o parlamentar, de ofício ou por provocação de membro da referida Casa, ou de partido representado no Congresso Nacional. Pode-se interpretar que neste caso a decretação da perda é um ato vinculado (Constituição, art. 55, § 3º).

Nas hipóteses de violação de impedimentos ou incompatibilidades, de procedimento incompatível com o decoro parlamentar, ou mesmo de condenação criminal, a perda é decidida — assim expressamente diz a Carta — por maioria absoluta dos membros da Casa interessada, em votação secreta, e isto se tiver havido provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional. Claro está que, neste caso, a decretação da perda é ato discricionário da Casa (Constituição, art. 55, § 2º).

Note-se que, desencadeado procedimento parlamentar que vise ou possa levar à perda do mandato, a renúncia do membro do Congresso Nacional em causa não será levada em conta até que ocorra a deliberação final sobre tal questão, ou seja, sobre a perda do mandato. Com isto, busca-se evitar que o Deputado ou Senador fuja das consequências da decretação da perda do mandato, como inelegibilidades etc.

26. DECORO PARLAMENTAR

A imagem do Poder Legislativo depende da conduta e postura dos seus integrantes. Ela é

prejudicada, quando estes agem de modo antiético ou escandaloso. Por isso, numa autodefesa, as Casas do Congresso Nacional podem decretar a perda do mandato de seus membros cujo procedimento for incompatível com o decoro. É o que prevê o art. 55, II, da Constituição, observando-se na decisão as normas do art. 55, § 2º.

Entretanto, para evitar que o arbítrio, ou o interesse político, prevaleça nessa apreciação do decoro parlamentar, a Lei Magna exige que os casos de violação de tal decoro sejam tipificados no respectivo regimento interno. O texto constitucional, todavia, já configura como faltas o abuso de prerrogativas e a percepção de vantagens indevidas (art. 55, § 1º).

27. A INFIDELIDADE PARTIDÁRIA

Até a Emenda n. 25/85 à Constituição de 1967 havia um outro caso de perda de mandato: o decorrente da prática de atos de infidelidade partidária (art. 35, V). Essa inovação tinha como precedente a lei eleitoral tcheca de 1920. Perderia o mandato o senador, o deputado federal, o deputado estadual, o vereador que se opusesse às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixasse o partido sob cuja legenda foi eleito (art. 152, § 5º da Constituição anterior). A exceção, nesta última hipótese, seria participar ele, “como fundador, da constituição de novo partido”. Fazia-se com isto do parlamentar um porta-voz do partido, abandonando-se a doutrina clássica sobre o mandato político (*v. supra* os Caps. 10 e 14).

A Constituição em vigência ao conceder autonomia de organização e funcionamento aos partidos políticos, entretanto, exige-lhes o estabelecimento de normas de fidelidade e disciplina partidária nos seus estatutos. Não poderão, todavia, prever perda do mandato, pois isto somente pode ocorrer nas hipóteses do art. 55.

Capítulo 21 A ELABORAÇÃO DA LEI

SUMÁRIO: 1. Considerações gerais. 2. Evolução do Direito brasileiro. 3. Conceituação de processo legislativo. 4. Emendas à Constituição. 5. As limitações ao Poder Constituinte derivado. 6. A lei ordinária. 7. Objeto da lei. 8. A lei ordinária como ato complexo. 9. A iniciativa. 10. Iniciativa geral, reservada e vinculada. 11. Iniciativa popular. 12. Emenda a projetos de lei. 13. Deliberação. 14. A instrução do projeto. 15. Exame em procedimento normal. 16. Exame em procedimento abreviado. 17. Sanção: modalidades. 18. Sanção e defeito de iniciativa. 19. O veto. 20. Natureza do veto. 21. Formalização do veto. 22. Apreciação do veto. 23. Promulgação. 24. Publicação. 25. Lei delegada. 26. Natureza da lei delegada. 27. Matéria vedada à delegação. 28. Modo de autorização da delegação. 29. Delegação ao Presidente da República. 30. Medidas provisórias. 31. Lei complementar. 32. Decreto legislativo. 33. Resolução.

LEITURA COMPLEMENTAR: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo legislativo*, São Paulo, Saraiva, 1968; vários autores, *Reforma do Poder Legislativo no Brasil*, Câmara dos Deputados, 1966; José Afonso da Silva, *Princípios do processo de formação das leis no direito constitucional*, São Paulo, 1964; Émile Blamont, *Les techniques parlementaires*, Paris, 1958; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, A autonomia do poder regulamentar na Constituição francesa de 1958, *RDA*, 84:24.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Já se salientou anteriormente a importância da lei para a democracia e os problemas resultantes da incapacidade demonstrada pelos Parlamentos para desempenhar sua missão principal (v. n. 2, Cap. 19). Uma das causas dessa incapacidade é, sem dúvida, a inaptidão do processo legislativo clássico às exigências contemporâneas. De fato, esse processo, por ser a lei a manifestação do soberano, foi estruturado de modo tão solene, de forma tão generosa para os pronunciamentos individuais dos parlamentares, que abre campo para uma procrastinação cuja importância era pequena quando raras eram as leis, mas que hoje é de gravidade extrema.

Em razão disso, grande tem sido o esforço dos juristas à busca de métodos novos que atendam às necessidades contemporâneas sem sacrifício maior dos direitos das minorias. As novas técnicas, contudo, têm dado ao governo (o executivo da doutrina clássica) uma influência cada vez maior. Na verdade, a sua interferência no processo legislativo longe está de limitar-se juridicamente à iniciativa e ao veto. As Constituições posteriores à II Guerra Mundial, umas não hesitam a lhe dar possibilidade de intervir no próprio curso dos projetos, fixando a ordem do dia das Câmaras, determinando qual o texto que será votado, outras, a lhe habilitar a editar regras jurídicas somente subordinadas à Lei Fundamental, seja pela delegação, seja pela extensão do poder regulamentar etc.

2. EVOLUÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO

O Brasil não havia de ficar à margem dessa tendência, pois os problemas que se lhe apresentam não diferem de natureza dos enfrentados por outros Estados. Todavia, a Constituição de 1946, rigidamente apegada à “separação” em seu molde tradicional, solenemente afirmando a indelegabilidade do Poder Legislativo, retardou a consagração das novas técnicas, embora à sua sombra órgãos governamentais “legislassem” até por circulares... Apenas com o parlamentarismo (Emenda n. 4) é que se admitiu entre nós a legislação delegada, e pelo tempo que esse regime subsistiu.

A Revolução de Março, porém, ao se institucionalizar pelo Ato Institucional de 9 de abril de 1964, procurou modernizar o processo legislativo entre nós, acelerando-o pela fixação de prazos para a manifestação do Congresso, ou de suas Casas. O Ato n. 2 veio permitir ao Presidente a edição de decretos-leis em matéria de segurança nacional e logo após promulgada a Emenda Constitucional n. 17, que consubstanciava a “reforma do legislativo”, consagrou a adoção de prazos para a votação dos projetos nas Casas do Congresso, sob pena de sua aprovação tácita.

A Constituição de 1967, por sua vez, procurou dar grande flexibilidade à elaboração de normas jurídicas, adotando não só as inovações previstas nos textos acima citados, como também outras, inspiradas na prática estrangeira, sobretudo. Suas linhas gerais permanecem na Constituição vigente.

3. CONCEITUAÇÃO DE PROCESSO LEGISLATIVO

A Constituição de 5 de outubro contém uma seção, a VIII do Capítulo I (Tít. IV), intitulada “Do processo legislativo”, onde regula a elaboração de “leis”, *lato sensu*. Na verdade, o título e a matéria da seção não estão de pleno acordo, já que nessa seção está regida a elaboração de atos que não são nem material nem formalmente leis.

De fato, compreende-se aí a elaboração de emendas constitucionais que são leis materialmente, mas que formalmente destas devem ser distinguidas, por serem manifestação de um poder distinto, que é o de revisão. Arrola-se, aí, também, a elaboração de resoluções que, se por sua tramitação se assemelham a leis a ponto de se poder dizer que são leis, formalmente falando, não têm a matéria de lei, por não editarem regras de direito gerais e impessoais. E o que se disse das resoluções aplica-se,

mutatis mutandis, aos decretos legislativos.

Na verdade, todas as exegeses propostas para a expressão “processo legislativo”, no art. 59 da Constituição, não são plenamente satisfatórias. Faltou ao constituinte, segundo tudo indica, uma visão clara da sistemática dos atos normativos. Forçoso é reconhecer, porém, que essa sistematização não é simples.

Toda tentativa nesse sentido tem de partir da distinção entre atos normativos gerais e individuais. Se “norma é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência”, como ensina Kelsen, não é incorreto distinguir entre as normas gerais que prescrevem conduta a pessoas indiscriminadas que possam estar numa mesma situação, e normas individuais que prescrevem conduta a pessoa, ou pessoas discriminadas.

A expressão “ato normativo”, assim, empregada com toda a sua extensão, tanto abrange a produção de normas gerais como de individuais. Entretanto, no seu uso mais comum, quando se fala em ato normativo só se tem em mente a produção de normas gerais. Por sua importância e porque de certo modo as normas individuais nelas se contêm, as normas gerais e as questões ligadas à sua produção ocupam o primeiro plano. Por isso, não é inexato tratar apenas da sistematização das normas gerais quando se procura a sistemática do ato normativo.

Ora, a mais vívida sistematização do ato normativo parece ser a que o toma nos vários momentos, ou degraus, de sua positivação, pois assim se pode medir concomitantemente a intensidade de poder em cada uma de suas modalidades infundida.

Essa sistemática há de, então, partir do ato normativo *inicial*, que, pondo-se de parte o “pressuposto lógico-transcendental”, funda a ordem jurídica. Esse ato é a Constituição e por ele se marcam todos os canais pelos quais se desdobram as demais normas jurídicas.

Desse ato normativo inicial deriva toda a ordem jurídica. Todavia, de imediato decorrem dele atos que, embora em nível inferior quanto à origem, já que estabelecidos por poder por ele canalizado, têm eficácia igual em consequência de sua própria determinação.

Esses atos derivados são, pois, os que substituem as normas do ato inicial por outras, pelas formas e nos limites do ato inicial — atos de emenda —, assim como os que as complementam em matérias que o ato inicial se absteve de regulamentar, por deixá-las à decisão de outro agente constituinte, como é o caso do estabelecimento de Constituições estaduais, nos Estados federais. De fato, essas Constituições são um prolongamento da Constituição Federal, na medida em que a desenvolvem relativamente a matérias que o constituinte federal não quis decidir pessoalmente.

Do ato inicial, todavia, ainda derivam outros atos, que podem ser ditos “primários”, porque são os que, em sua eficácia, aparecem como o primeiro nível dos atos derivados da Constituição. Caracterizam-se por serem atos só fundados na Constituição.

É preciso notar, contudo, que os atos primários podem ser gerais ou particulares (individuais, na terminologia de Kelsen). Os atos gerais são, evidentemente, os que põem normas gerais e a estes com mais propriedade é que se deve reservar a denominação “atos legislativos”. Não se infira daí, porém, que só a lei ordinária é ato primário geral. Ao contrário, como se viu anteriormente, do estudo comparativo do processo de elaboração normativa contemporâneo depreende-se com clareza a tendência a criar, ao lado da lei, outros atos normativos primários gerais. É o que se dá na França, com os regulamentos autônomos permitidos pela Constituição de 1958; é o que deflui da atual Constituição brasileira se se considerar, por exemplo, a medida provisória. Afora o caso do costume.

Ao lado dos atos gerais, num mesmo nível, estão outros, porém, de caráter particular ou individual, desde que dispõem para caso ou situação determinada. Neste rol é que se devem incluir os decretos

legislativos e as resoluções previstos pelo art. 59 da Constituição de 1988.

Num segundo nível, estão os atos que não seria inexato designar por secundários. São aqueles que derivam imediatamente dos atos primários, estando sua validade condicionada ao respeito destes tal como a destes está condicionada à observância das normas iniciais. Também neste nível cabe a distinção entre atos gerais — dos quais os regulamentos são o melhor exemplo — e os particulares (individuais) — de que são exemplo típico os atos de aplicação das normas gerais, a determinados indivíduos, pessoalmente indicados. Aqui se inserem, destarte, os atos administrativos e os atos jurisdicionais, *stricto sensu*.

Ora, em face desta análise, o valor do art. 59 da Constituição pode ser reerguido. Engloba ele todos os momentos de produção normativa no plano federal até o nível primário, inclusive. Apresenta assim uma visão integrada dos atos derivados de primeiro grau.

4. EMENDAS À CONSTITUIÇÃO

Esta questão logicamente deveria ser tratada na análise do Poder Constituinte (Cap. 4º). Entretanto, sua compreensão se facilita quando estudada com o processo legislativo em geral.

A Constituição vigente é rígida. Assim, não pode ser modificada senão por procedimento especial nela própria previsto.

A iniciativa quanto a Emendas Constitucionais compete ao Presidente da República, a um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal. Igualmente, restabeleceu a Constituição a iniciativa das Assembleias estaduais que constava da redação primitiva da Constituição de 1967. Exige que a proposta seja apresentada por mais da metade das Assembleias dos Estados, com manifestação por maioria relativa dos membros de cada uma delas. Ou seja, um *quorum* de maioria qualificada quanto ao número de Assembleias Legislativas, porém, um *quorum* de maioria simples em cada Assembleia (art. 60, III).

Reclama o novo texto constitucional o *quorum* de três quintos dos votos dos membros de cada uma das Casas do Congresso, exigido em dois turnos, com apreciação em separado em cada Câmara, para aprovação de emenda constitucional (art. 60, § 2º). No direito anterior, a exigência era de dois terços dos votos dos membros de cada uma das Câmaras.

A proposta de emenda rejeitada ou tida por prejudicada não poderá ser reapresentada na mesma sessão legislativa (art. 60, § 2º).

Dispõe ainda a Lei Magna de 1988, repetindo a anterior, que a emenda aprovada será promulgada pelas mesas das Casas do Congresso e anexada, com seu número de ordem, ao texto promulgado a 5 de outubro.

5. AS LIMITAÇÕES AO PODER CONSTITUINTE DERIVADO

A Constituição de 1988 prevê duas espécies de limitações ao poder constituinte derivado: as circunstanciais e as materiais.

Com efeito, ela proíbe seja alterada a Constituição durante a vigência de estado de sítio, estado de defesa e intervenção federal (art. 60, § 1º). Esta última não existia no direito anterior; é uma inovação da atual Lei Magna.

Quanto a limitações materiais — que na linguagem corriqueira são chamadas de “cláusulas pétreas” — ela deixa de lado o padrão tradicional do constitucionalismo brasileiro.

Ela mantém — é certo — a proibição de abolir a Federação, que já vinha da Constituição de 1891 e

fora mantida nas Constituições posteriores (exceto na de 1937), mas suprime a de abolir a República, que também fora estabelecida em 1891 e adotada pelas Cartas seguintes. Na verdade, a Lei Magna de 1988 previu, no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, um plebiscito entre Monarquia e República (como entre presidencialismo e parlamentarismo), plebiscito realizado em 1993, em que a maioria ficou com a República e o sistema presidencial.

Acrescentou três outras limitações ao poder constituinte derivado. A de abolir: 1) “o voto direto, secreto, universal e periódico” (ou seja, a democracia à moda moderna) (inc. II); 2) “a separação dos poderes” (o que é curioso, pois a Carta Magna prevê institutos incompatíveis com a fórmula clássica de separação de poderes — lei delegada, medida provisória, p. ex.) (inc. III); bem como 3) “os direitos e garantias individuais” (inc. IV).

O texto suscita dificuldades de interpretação.

Uma concerne ao que seja “abolir”. Há quem leia nisto a proibição de mudar o regime do instituto compreendido na matéria dos quatro incisos do art. 60, § 4º, em particular o regime dos direitos fundamentais. Essa posição é um exagero, já que, na língua portuguesa, abolir significa suprimir e não se suprime um instituto quando se lhe altera o regime. Lembre-se a lição de Alexy de que uma restrição só afeta o “conteúdo essencial” de um direito, portanto, o abole indiretamente, “quando não é adequada, não é necessária ou é desproporcionada em sentido estrito” (*Teoría de los derechos fundamentales*, trad. esp., 2. reimpr., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2001, p. 125).

Outra diz respeito ao alcance do art. 60, § 4º, que menciona “direitos e garantias individuais”. Ora, essa expressão interpretada ao pé da letra compreenderia as liberdades, não os direitos sociais, por exemplo. Entretanto, a melhor interpretação é a que inclui entre os direitos protegidos pela “cláusula pétrea” também esses direitos sociais. Sim, porque, sendo as liberdades (como a de ir e vir) e os direitos sociais (como o direito à educação) direitos fundamentais, absurdo seria que as primeiras gozassem da proteção de não poderem ser abolidas, enquanto os segundos poderiam sê-lo. Certamente, na redação do art. 60, § 4º, IV, da Constituição, o constituinte disse menos do que queria.

Observe-se, enfim, que as limitações materiais se aplicam às duas modalidades de poder constituinte derivado: o poder de emendar a Constituição e o poder de institucionalizar os Estados-membros.

6. A LEI ORDINÁRIA

A lei ordinária é o ato legislativo típico. É um ato normativo primário. Em regra, edita normas gerais e abstratas, motivo por que, na lição usual, é conceituada em função da generalidade e da abstração. Não raro, porém, edita normas particulares, caso em que a doutrina tradicional a designa por lei formal, para sublinhar que lei propriamente dita é aquela, a que tem matéria de lei, por isso chamada de “lei material”. Essa distinção, contudo, não traz vantagens, além de não ser, muita vez, fácil de marcar. De fato, quanto ao momento de instauração e, sobretudo, quanto à eficácia (que é o mais importante), a lei dita material e a lei dita formal estão num só e mesmo plano.

Deve-se insistir, por outro lado, que a lei é um ato normativo primário escrito, visto que o costume traduz uma normação primária não escrita. Na verdade, essa insistência na forma escrita, como critério distintivo entre a lei e o costume, não tem razão de ser. Traduz a consequência, não a fonte da distinção. A lei é, em última análise, o fruto da decisão de um órgão do Estado de instaurar direito novo, de um órgão, pois, a que a Constituição concede esse poder. Essa decisão, evidentemente, só pode manifestar-se à coletividade por meio de um instrumento escrito, suscetível de registro ou arquivamento que sirva para provar-lhe a existência. Já o costume é o direito novo estabelecido por

uma decisão tácita da coletividade, de modo que dispensa a forma escrita para comunicação e prova, visto que é manifestação da própria consciência do grupo.

7. OBJETO DA LEI

É até redundante mencionar a importância da lei no estado de direito, dado que este se caracteriza fundamentalmente pela sujeição de tudo e todos à lei, conforme o princípio de que ninguém está obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Claro está que a sujeição à lei acima referida é submissão à norma de direito, portanto ao costume também. Mas, que tudo está sujeito à lei, significa outrossim que em tudo pode imiscuir-se o ato normativo escrito, não existindo domínio que lhe seja interdito, por natureza. Assim para a doutrina clássica, à lei, ato normativo escrito, certas matérias eram reservadas, enquanto nenhuma lhe era excluída. Destarte, o objeto da lei seria in-determinado. Somente as circunstâncias e as avaliações políticas é que determinariam sua incidência.

No Direito comparado contemporâneo, essa afirmativa não é correta. Já se sabe que, ao lado da lei, outros atos normativos primários são encontrados nos ordenamentos atuais. Em face da Constituição brasileira, o objeto da lei não é indeterminado, ou ilimitado.

A prova disso é fácil. A mera existência do art. 49 revela-o à sociedade. De fato, esse preceito exclui do campo da lei ordinária várias questões, atribuindo-as a outra espécie de ato normativo, o decreto legislativo.

Sem dúvida, essas matérias continuam à disposição do Legislativo, sendo este que elabora os decretos legislativos, mas não se pode confundir a lei com o ato do Poder Legislativo, já que nem todo ato do Poder Legislativo é lei, ou, sequer, tem força de lei.

Há, assim, no Direito vigente, um domínio vedado à lei ordinária. Certamente a delimitação desse campo obedece à cogitação de que nele seria conveniente excluir a intromissão do Executivo por meio da sanção, e, portanto, do veto. Além das matérias enumeradas no art. 49, deve-se incluir nesse terreno, imune à intervenção da lei ordinária, o das competências privativas do Senado e da Câmara.

Por outro lado, há um domínio constitucionalmente reservado à lei. Esse domínio é claramente marcado pelos arts. 68, § 1º, I, II e III, e 62, § 1º (com a redação da Emenda Constitucional n. 32/2001). De fato, esses dispositivos registram matérias a respeito das quais não pode haver delegação do poder de legislar, nem a edição de medida provisória, o que, evidentemente, as reserva de modo rigoroso à lei ordinária.

8. A LEI ORDINÁRIA COMO ATO COMPLEXO

Considerada em sua elaboração, a lei ordinária, no Direito brasileiro, é um ato complexo. De fato, é ela estabelecida por um ato que se enquadra perfeitamente no conceito de ato complexo. Existe ato complexo sempre que “duas ou mais vontades homogêneas tendentes a um mesmo fim se fundem numa só vontade declarada, idônea a produzir determinados efeitos jurídicos que não poderiam de modo algum produzir-se, se faltasse tal concurso de vontades” (Roberto Lucifredi).

O acerto dessa afirmação resulta da análise do processo de formação da lei em nosso Direito. Essa formação apresenta uma fase introdutória, a iniciativa, uma fase constitutiva, que compreende a deliberação e a sanção, e a fase complementar, na qual se inscreve a promulgação e também a publicação.

9. A INICIATIVA

A iniciativa não é propriamente uma fase do processo legislativo, mas sim o ato que o desencadeia. Em verdade, juridicamente, a iniciativa é o ato por que se propõe a adoção de direito novo. Tal ato é uma declaração de vontade, que deve ser formulada por escrito e articulada; ato que se manifesta pelo depósito do instrumento, do projeto, em mãos da autoridade competente.

É, em nosso Direito, um ato simples, em regra geral. Como exceção, tem a estrutura de ato coletivo quando serve para apresentar projeto que reitera disposições constantes de outro que, na mesma sessão legislativa, ou foi rejeitado em deliberação, ou foi vetado (obviamente tendo sido mantido o veto). Nessa hipótese, exige o art. 67 da Constituição que a proposta seja subscrita pela maioria absoluta dos membros de qualquer das Câmaras. Dessa forma, a iniciativa resulta aí da soma, sem fusão, de vontades de conteúdo e finalidade iguais, que continuam autônomas, pertencentes a titulares de iniciativa individual.

10. INICIATIVA GERAL, RESERVADA E VINCULADA

Costuma-se distinguir a propósito da iniciativa a iniciativa *geral* e a iniciativa *reservada*, ou *privativa*. Esta última consiste na reserva a determinado titular do poder de apresentar projeto de lei sobre uma certa matéria. Tem assim esse titular a exclusividade quanto à proposição de normas sobre essa matéria.

Mas em relação a matérias não reservadas a um titular, a iniciativa é geral — melhor se diria *comum* — aos membros do Poder Legislativo, ou seja, aos parlamentares e comissões deste, bem como ao Presidente da República, e aos cidadãos (iniciativa popular).

Embora o texto do art. 61, *caput*, que rege a iniciativa, mencione também que o Supremo Tribunal Federal, os Tribunais Superiores e o Procurador-Geral da República tenham iniciativa, a melhor interpretação é a de que eles somente a possuem nas matérias a eles reservadas por outros preceitos constitucionais.

Assim, o art. 61, § 1º, da Constituição reserva ao Presidente a iniciativa das leis que criem cargos, funções ou empregos públicos ou aumentem sua remuneração, fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas, disponham sobre organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territ6rios, organização do Minist6rio P6blico e da Defensoria P6blica da Uni6o, e normas gerais para a organiza7o do Minist6rio P6blico e da Defensoria P6blica dos Estados, do Distrito Federal e dos Territ6rios, sobre servidores da Uni6o, regime jur6dico, provimento de cargos p6blicos etc.

Por sua vez, ao Supremo Tribunal Federal 6 reservada a iniciativa de lei complementar que dispor6 sobre o Estatuto da Magistratura. Tamb6m 6 dada iniciativa aos Tribunais Superiores e ao Minist6rio P6blico se reserva a iniciativa de lei para cria7o e extin7o de seus cargos e servi7os auxiliares (arts. 93, 96, II, e 127, § 2º, respectivamente).

O aspecto fundamental da iniciativa reservada est6 em resguardar a seu titular a decis6o de propor direito novo em mat6rias confiadas 6 sua especial aten7o, ou de seu interesse preponderante. Cogita7o oposta inspira a vincula7o da iniciativa. A iniciativa 6 dita vinculada quando longe de ter car6ter facultativo, a apresenta7o do projeto de lei sobre dada quest6o 6 imposta pela Constitui7o.

Caso t6pico de iniciativa vinculada em nosso Direito 6 o da apresenta7o do projeto de or7amento federal. Cabe ao Presidente, na forma do art. 84, XXIII, combinado com o art. 165 da Constitui7o,

enviar ao Congresso Nacional o projeto de lei orçamentária anual. O descumprimento desta obrigação é sancionado como crime de responsabilidade, conforme permite o art. 85, VI, da Constituição, segundo o art. 10 da Lei n. 1.079, de 1950, que o define.

A iniciativa de cada parlamentar é exercida perante sua Casa, pelo depósito do projeto junto à Mesa da Câmara a que pertence. A do Presidente da República, a do Supremo Tribunal Federal e a dos tribunais superiores, assim como a iniciativa popular por força do preceito expresso na Constituição, não de se exercer perante a Câmara dos Deputados. Não é outra coisa o que impõem os arts. 64 e 61, § 2º, da Constituição.

11. INICIATIVA POPULAR

A Constituição de 5 de outubro confere iniciativa de leis complementares e leis ordinárias ao cidadão (art. 61).

A iniciativa popular em tema federal está condicionada à manifestação de pelo menos um por cento do eleitorado nacional, que deverá estar distribuído em no mínimo cinco Estados, exigida em cada um deles a manifestação de três décimos de seus eleitores (art. 61, § 2º).

O constituinte deixou à lei a disciplina da iniciativa popular nos Estados (art. 27, § 4º), prevendo, contudo, para os Municípios a competência de discipliná-la pela respectiva Lei Orgânica, observada, no entanto, a manifestação de no mínimo cinco por cento do eleitorado municipal (art. 29, XIII).

12. EMENDA A PROJETOS DE LEI

O exame da iniciativa traz naturalmente à baila a problemática da emenda. De fato, sendo a emenda a proposta de direito novo como modificação de direito novo já proposto, é ela uma iniciativa acessória ou secundária. Todavia, a relação entre emenda e iniciativa nem sempre tem sido bem apreciada.

Em primeiro lugar, cumpre observar que nem todo titular de iniciativa goza do poder de emendar. Salvo exceções, o poder de emendar é reservado aos parlamentares, ao passo que a iniciativa tem sido e é estendida ao Executivo ou mesmo aos tribunais. Essa reserva deflui do fato de que os parlamentares são membros do poder que, de acordo com a doutrina tradicional, constitui o direito novo, apresentando-se a emenda como reflexo desse poder de estabelecer novo direito.

Sem dúvida, aos titulares extraparlamentares da iniciativa se tem tolerado que, por meio de mensagens “aditivas”, alterem o projeto que remeteram. Todavia, o próprio nome dado a essas mensagens já revela os seus limites naturais. Por elas, não pode o titular extraparlamentar da iniciativa suprimir ou substituir dispositivos; só pode acrescentar dispositivos na proposição original. E isso se justifica porque os novos dispositivos podem ser considerados não modificação do proposto, mas nova proposição. Assim, para realmente modificar o projeto, só há um caminho — retirá-lo e apresentá-lo de novo, reformulado.

A nova Constituição possibilita ao Presidente da República, nos projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais, enviar mensagem ao Congresso Nacional propondo sua modificação desde que não esteja iniciada a votação da parte a que se refere a alteração (art. 166, § 5º).

Por outro lado, todo e qualquer projeto de lei pode ser emendado?

A dúvida tem sua razão de ser, porque o titular do poder de emendar é o parlamentar, ao passo que em várias matérias o poder de iniciativa é reservado a titulares não parlamentares.

A admissibilidade de emendas em projetos oriundos de iniciativa reservada suscitou muita polêmica. Entendeu certa feita o Supremo Tribunal Federal que “o poder de emendar é corolário do poder de iniciativa”, de modo que não poderia propor emenda quem não pudesse propor o principal. Disso decorre logicamente a inadmissibilidade de qualquer emenda a projeto decorrente de iniciativa reservada, seja do Executivo, seja do Judiciário.

Contra essa tese, mais de uma vez insurgiram-se os congressistas, desrespeitando-a e fazendo assim surgir litígios sobre o alcance do poder de emendar. O argumento central em favor da possibilidade de que, podendo o Congresso o mais, isto é, rejeitar o projeto, deveria poder o menos, ou seja, modificá-lo, é evidente sofisma, porque a essa alegação se pode opor com toda razão que, não podendo o Congresso o mais — a apresentação do projeto — não poderia o menos — a modificação do projeto...

A Constituição, todavia, preferiu seguir uma trilha moderada e resolver conciliatoriamente a questão, proibindo tão somente emendas que aumentem a despesa prevista nos projetos decorrentes de iniciativa reservada. É o que deflui do disposto no art. 63, I e II.

A contrario sensu, pois, autorizou a apresentação de emendas a qualquer projeto de lei oriundo de iniciativa reservada, desde que não resultem em aumento da despesa prevista no projeto.

13. DELIBERAÇÃO

A fase da deliberação é propriamente constitutiva da lei, no sentido de que nela e por ela o Legislativo estabelece as regras jurídicas novas. É indubitavelmente a principal do processo legislativo.

No Direito brasileiro, à semelhança do alienígena em geral, a deliberação apresenta a estrutura de ato complexo. De fato, a aprovação do Legislativo é o fruto da integração da aprovação de cada uma das Casas do Congresso de per si.

Observe-se que a deliberação pode ser delegada pela Casa a uma comissão, nos termos de seu regimento interno (Constituição, art. 58, § 2º, I). A decisão desta comissão dispensará a manifestação do plenário, salvo se um décimo dos membros da Casa a isto se opuser, hipótese em que ocorrerá a deliberação em plenário.

14. A INSTRUÇÃO DO PROJETO

Implícita no processo previsto na Constituição brasileira para a deliberação, está uma fase, ou melhor, uma subfase instrutória.

Noutros direitos, como no italiano, essa fase tem autonomia, sendo condição de validade da fase deliberativa. De fato, o art. 72 da Constituição italiana estabelece expressamente que todo projeto de lei deve ser examinado por comissão parlamentar.

No nosso, não há disposição semelhante. A existência das comissões é prevista mas em parte alguma se prescreve, na Constituição, o envio de qualquer projeto obrigatoriamente ao exame de comissão. Assim, esse exame não é imperativo constitucional, embora seja previsto pelos regimentos parlamentares.

O exame do projeto por comissão, ou comissões, a nosso ver, se inscreve no processo de deliberação, sendo conveniente para preparar uma decisão esclarecida e consciente.

15. EXAME EM PROCEDIMENTO NORMAL

Instruído na forma regimental, o projeto passa, em cada Câmara, à discussão e votação. Prevê, todavia, a Constituição para o desenrolar dessa apreciação dois procedimentos diversos — o normal e o abreviado.

No procedimento normal, o projeto, depois de submetido ao exame de comissão ou comissões, na forma regimental, é posto em discussão e a seguir votado, sempre na forma regimental. É aprovado, conforme prescreve o art. 47 da Constituição, se obtiver maioria de votos, quando presente a maioria absoluta dos membros da Casa. Aprovado o projeto no que deve ser considerado um ato continuado, é ele enviado à outra para a revisão.

Nesta, após a tramitação regimental, uma de três hipóteses se há de configurar — o projeto ser aprovado tal como veio, ser aprovado com emendas, ou ser rejeitado. Na última hipótese, está morto, e o arquivamento o sepultará. Na primeira, sobe, sem mais, à apreciação do Executivo, para a sanção ou para o veto.

Na segunda hipótese, contudo, o projeto volta à Câmara inicial, para a apreciação das emendas exclusivamente. Se estas forem aceitas, com elas sobe o projeto à apreciação presidencial. Se rejeitadas, sem elas sobe o projeto para o mesmo fim.

Destarte, as Câmaras no processo legislativo brasileiro não estão em pé de igualdade. A vontade da que primeiro apreciou o projeto prevalece, na medida em que se impõe até contra as emendas feitas pela outra, a revisora. Ora, isso, na prática, repercute numa certa inferiorização do Senado, que é necessariamente a Câmara revisora em todos os projetos de iniciativa presidencial, hoje em maioria e os mais importantes.

16. EXAME EM PROCEDIMENTO ABREVIADO

O procedimento abreviado foi introduzido em nosso Direito pelo Ato Institucional de 9 de abril de 1964. Sua chave era a fixação de prazos para a manifestação parlamentar, sob pena de aprovação tácita da proposta. Visando a acelerar o processo legislativo, impedindo o “engavetamento” dos projetos ou a sua obstrução em detrimento da atividade governamental, essa medida deu ensejo ao abuso oposto. Em verdade, o Executivo não hesitou em servir-se da fração parlamentar que o apoiava para impedir que o Legislativo deliberasse sobre seus projetos, seja rejeitando-os, seja modificando-os. A obstrução serviu assim para forçar a aprovação tácita de direito novo que seria recusado, ao menos em tais termos, pela maioria parlamentar.

O novo texto prevê o procedimento abreviado nos projetos de iniciativa do Presidente quando solicitada a urgência. Todavia, a aprovação tácita não foi mantida. Houve alteração profunda nesse particular; exige a Constituição a manifestação expressa do Congresso Nacional. Assim, se ambas as Casas não se manifestarem cada qual, sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, o projeto deverá ser incluído na ordem do dia, e ficarão sobrestadas todas as demais deliberações legislativas, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até sua votação final (art. 64, § 2º, com a redação da Emenda Constitucional n. 32/2001).

Para os projetos de Códigos a Constituição proíbe o procedimento abreviado, dispondo, outrossim, que os referidos prazos não correm nos períodos de recesso do Congresso Nacional (art. 64, § 4º).

17. SANÇÃO: MODALIDADES

Completa a fase constitutiva do processo legislativo a apreciação pelo Executivo do texto aprovado pelo Congresso, segundo o Direito brasileiro.

De fato, este mantém a intervenção do Executivo no aperfeiçoamento da lei, o que foi abandonado por outras Constituições contemporâneas.

Essa apreciação pode resultar no assentimento — a sanção — ou na recusa — o veto.

A sanção é que transforma o projeto aprovado pelo Legislativo em lei. Por ela, fundem-se as duas vontades, a do Congresso e a do Presidente, de cuja conjunção o constituinte quis que resultasse a lei ordinária. Só pela sanção é que se aperfeiçoa o processo de elaboração desse tipo de ato normativo, em nosso Direito. É operação integradora da feitura da lei, conforme unanimemente reconhece a doutrina. E isso se vê bem patente no art. 66, *caput*, da Constituição, onde se dispõe que “a Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o *projeto de lei* ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará” (grifo nosso).

De dois modos se manifesta a sanção presidencial — expressa e tacitamente. É expressa sempre que o Presidente der sua aquiescência, formalizando-a, no prazo de quinze dias úteis contados do recebimento do projeto (art. 66). É tácita, quando o Presidente deixa escoar esse prazo sem manifestação de discordância (art. 66, § 3º). A ausência de sanção no prazo constitucional de modo algum faz caducar o projeto, mas o torna lei, perfeita e acabada, porque é forma silente de sanção.

A sanção tácita foi prevista em nosso Direito para evitar o “engavetamento” de projetos pelo Presidente. Transformou-se, todavia, em instrumento de covardia política, em modo de querer fingindo não querer. Serve para sancionar aquilo que não se quer vetar mas que não se tem a coragem de aprovar publicamente, por temor à impopularidade.

18. SANÇÃO E DEFEITO DE INICIATIVA

Problema que mais de uma vez já foi suscitado perante os tribunais é o do alcance da sanção em relação a projetos viciados por usurpação de iniciativa reservada.

O caso da usurpação da iniciativa reservada aos tribunais não oferece dificuldade. Não tendo estes o poder de recusar sanção aos projetos aprovados pelo Legislativo, de modo algum se pode sustentar que a sanção, pelo Executivo, de projeto que lhes invada a esfera reservada à iniciativa, possa suprir esse defeito, convalidando o projeto.

O problema tem outra gravidade, porém, em relação aos projetos que traduzam usurpação da iniciativa presidencial reservada, mas que, aprovados, venham a ser expressa ou tacitamente sancionados pelo Presidente.

Essa matéria é muito controvertida. Prova disso é o fato de que o Supremo Tribunal Federal primeiro veio a entender que a sanção convalidava o defeito de iniciativa, como consta da Súmula n. 5. É a posição de Themístocles Cavalcanti, Seabra Fagundes, Pontes de Miranda e José Afonso da Silva.

Mais tarde, a partir da Representação n. 890-GB (*RTJ*, 69:626), o Supremo Tribunal Federal adotou a tese oposta, ou seja, a da não convalidação. É a posição de Francisco Campos, Caio Tácito etc.

Esta última parece ser a correta, pois, sendo nulo o ato inconstitucional, não pode ele ser convalidado. De fato, a nulidade exclui, segundo a teoria geral do Direito, a convalidação.

19. O VETO

Mantém a Constituição brasileira o instituto do veto. Ou seja, permite ela que o Presidente da República recuse sanção a projeto de lei já aprovado pelo Congresso, dessa forma impedindo sua transformação em lei (art. 66, § 1º).

Essa recusa, porém, há de ser fundamentada. Dois são os fundamentos aceitos para a recusa de sanção — a inconstitucionalidade e a inconveniência. Aquele, um motivo estritamente jurídico, a incompatibilidade com lei mais alta. Este, um motivo estritamente político, envolvendo uma apreciação de vantagens e desvantagens.

Enquanto o veto por inconveniência apresenta o Presidente como defensor do interesse público, o veto por inconstitucionalidade o revela como guardião da ordem jurídica. Esse poder, na verdade, o coloca na posição de defensor da Constituição e numa posição privilegiada, visto que pode exercer um controle preventivo para defendê-la de qualquer arranção resultante da entrada em vigor de lei inconstitucional.

Em nosso Direito, duas são as modalidades de veto quanto a seu alcance. Pode ele ser *total*, atingindo todo o projeto como o nome indica, ou *parcial*, afetando apenas parte dele.

O veto parcial, considerado em seus efeitos, é, aliás, uma originalidade de nosso Direito. Foi adotado em nosso Direito federal pela primeira vez na reforma constitucional levada a cabo em 1926, tendo, como precedentes, Constituições estaduais brasileiras e americanas, especialmente.

Sua criação visava a atender a uma necessidade universalmente sentida, qual seja a de dar meios ao Executivo de expungir, dos textos legislativos, excrescências, “pingentes” ou “caudas”, como se usava chamá-los, acrescentados maliciosamente durante o debate parlamentar. Tais *riders*, pois é assim que os autores americanos os denominam, são disposições que, nada tendo que ver com a matéria regulada no projeto, são nele enxertadas para que o Presidente tenha de aceitá-las, se não quiser fulminar todo o projeto. De fato, é ele posto no dilema de vetar todo o projeto que pode ser de alta relevância e urgência ou sancioná-lo, sancionando *ipso facto* disposições inconvenientes que, consubstanciadas num projeto isolado, seriam inexoravelmente fulminadas pelo veto.

Os *riders* constituem, pois, uma forma sutil de chantagem política, contra a qual, inexistindo o veto parcial, está desarmado o Presidente. O seu terreno preferido é o projeto de lei orçamentária, onde as adjunções estão quase certamente garantidas pela importância do principal.

Estabelecido para eliminar abuso por parte dos parlamentares, o veto parcial, todavia, passou a servir entre nós para abusos por parte do governo. Embora a doutrina unanimemente sustentasse que o veto parcial não poderia servir para desfigurar o projeto, na prática, o Executivo veio a colher pelo veto até palavras isoladas dentro do texto, mudando-lhe não raro radicalmente o sentido, ou o alcance. E essa prática, apesar da repulsa doutrinária, foi aprovada pelos tribunais.

A gravidade dessa prática era ainda realçada pelo fato de que dava ensejo a uma verdadeira legislação minoritária por parte do Executivo. De fato, sendo necessária maioria qualificada para rejeição do veto, o desnaturamento da lei era mantido, desde que uma minoria do Congresso, superior, todavia, a um terço, apoiasse o Presidente. O veto parcial servia, destarte, para fraudar a vontade do Congresso, manifestada na aprovação do projeto em termos muito diferentes daqueles em que este se tornava lei.

Reagindo contra essa prática abusiva, já a Emenda Constitucional n. 17 à Constituição de 1946 restringiu o veto parcial ao texto de “artigo, parágrafo, inciso, item, número ou alínea”, o que foi repetido pela Constituição de 1967, na sua redação primitiva. Todavia, lamentavelmente, a Emenda n. 1 voltou à situação anterior.

Retoma hoje o constituinte a prática salutar de restrição do veto parcial, que somente pode abranger texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea, conforme o art. 66, § 2º.

20. NATUREZA DO VETO

O veto, em nosso Direito, é suspensivo ou superável. Não é ele um ato de deliberação negativa, do qual resulta a rejeição definitiva do projeto, consequência do chamado veto absoluto, mas é ato de recusa, do qual resulta o reexame do projeto pelo próprio Legislativo, que poderá superá-lo por maioria qualificada.

Seu efeito, pois, não é suspender a entrada em vigor da lei, já que não é lei o ato que sofre o veto, mas alongar o processo legislativo, impondo a reapreciação do projeto pelo Congresso, à luz das razões da discordância presidencial.

O veto total, por abranger todo o projeto, envolve o seu reexame total, como é óbvio. Mas o veto parcial — e nisso está uma particularidade do Direito brasileiro — apenas obriga o reexame da parte vetada, enquanto o restante do projeto, que está sancionado, deve ser promulgado e entra em vigor após a publicação, mesmo antes da reapreciação da parte vetada.

No veto parcial previsto noutras legislações, como na Argentina, embora o veto possa ser parcial, atingindo apenas fração do projeto, todo ele aguarda a reapreciação, somente depois dela podendo ser promulgado e publicado. Destarte, na forma do art. 72 da Constituição argentina, o veto, embora parcial, impede ainda que transitoriamente a transformação em lei, inclusive das disposições não vetadas.

A imediata entrada em vigor da parte não vetada, que é possível no Direito brasileiro, apresenta vantagens mas também desvantagens graves. Sem dúvida, é vantajoso que as disposições estabelecidas pelo Congresso e aprovadas pelo Presidente possam desde logo ser aplicadas. Todavia, se superado o veto, ocorrerá o inconveniente tantas vezes sentido entre nós de uma mesma lei ter vigorado com um texto (o da publicação sem a parte vetada, até a publicação do texto com a parte que fora vetada incluída) e passar a vigorar com outro texto. Esse inconveniente tem até provocado a prática esdrúxula de a parte vetada ser publicada com outro número como se fosse outra lei. Dessa situação (em vigor a parte não vetada, pendente a parte vetada) resulta sempre incerteza sobre o alcance e o verdadeiro sentido da lei, o que redundava necessariamente em insegurança jurídica.

Esse inconveniente era mais grave ao tempo em que se permitia o veto de palavras no texto do projeto de lei, pois disso poderia resultar que o texto assumisse uma significação completamente diversa da que resultaria da rejeição do veto. Pode-se relatar episódio em que o veto a uma expressão deu à lei condições para entrar em vigor de pronto, enquanto sem o veto só vigoraria noventa dias mais tarde. É fácil imaginar a situação em que ficaram os obrigados a cumprir essa lei, postos entre o cumprimento imediato decorrente da publicação do texto expungido da parte vetada, e a possibilidade de, rejeitado o veto, só ser exigível esse cumprimento muito mais tarde. Sem dúvida, juridicamente, tinham de cumprir a lei tal qual existia, mas a possibilidade de mudança de seu alcance, pela rejeição do veto, já de per si eliminava qualquer segurança para uma projeção para o futuro. Ora, essa segurança de projeção para o futuro é uma das vantagens primordiais da lei escrita.

21. FORMALIZAÇÃO DO VETO

O veto, seja total, seja parcial, deve ser manifestado pelo Presidente, de acordo com o art. 66, § 1º, da Constituição, no prazo de quinze dias úteis contados da data do recebimento do projeto. Esse prazo é fatal. Transcorrida a quinzena, dispõe o § 3º desse mesmo artigo: “o silêncio do Presidente da República importará sanção”.

Os motivos da recusa de sanção devem ser trazidos a público. Se reunido o Congresso, tem o Presidente de comunicar essas razões, dentro das quarenta e oito horas subsequentes à quinzena, ao presidente do Senado. Se não, deverá publicar essas razões.

Note-se bem que a aposição do veto deve ser manifestada na quinzena. Somente a fundamentação do veto é que pode ser comunicada até quarenta e oito horas depois da quinzena. Do contrário, o prazo para o veto não seria de quinze dias mas de dezessete, já que é possível conceber que o Presidente vete e comunique as razões do veto no mesmo dia. Na prática, todavia, é muito difícil verificar, antes da comunicação, se houve ou não veto.

Por outro lado, a publicação do veto, não estando reunido o Congresso, deve, a nosso ver, ocorrer no prazo de quarenta e oito horas subsequentes à quinzena. Não há razão para que o prazo da comunicação pela publicação seja mais longo do que o da comunicação ao presidente do Senado.

Enfim, o veto deve ser considerado ato composto. Compreende ele dois atos, a manifestação de vontade negativa — a discordância — e a comunicação fundamentada dessa discordância. Assim, aquela, dentro da quinzena, impede a sanção tácita do projeto, mas, somente conjugada com esta, aperfeiçoa o veto, o que deve ocorrer nas quarenta e oito horas seguintes à quinzena. Desse modo, se não houver tempestivamente essa comunicação, o veto não se aperfeiçoou e sancionado estará o projeto.

22. APRECIÇÃO DO VETO

O veto suscita a reapreciação do projeto, se total, ou das disposições por ele colhidas, se parcial.

O reexame do veto deve ser feito em sessão conjunta do Congresso Nacional, em escrutínio secreto. Somente será ele rejeitado se obtiver o voto favorável da maioria absoluta dos deputados e dos senadores. Quer dizer que estará superado o veto e aperfeiçoado o projeto, que aí se torna lei, se obtiver a aprovação da maioria absoluta dos membros de cada uma das Casas do Congresso Nacional (art. 66, § 4º).

Tal reexame deverá ser feito no prazo de trinta dias a contar de seu recebimento. Se isto não ocorrer, será o veto incluído na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final.

Poderá, contudo, haver ratificação parcial do projeto? Ou, como se prefere dizer, rejeição parcial do veto?

Em relação ao veto parcial, ou a vetos parciais, não parece haver problemas. A apreciação das disposições vetadas há de ser fragmentária e nada obsta que o Congresso acolha as objeções contra frações do projeto e recuse outras.

O problema, na verdade, se coloca em relação ao veto total. Vetado todo o projeto, pode o Congresso ratificar parte do projeto, apenas?

Essa questão já fora sugerida na República Velha em razão do veto que Epiácio Pessoa opôs ao orçamento. De fato, como expõe no seu livro *Pela verdade*, o ilustre jurista e político, certo de que não poderia sancionar o orçamento com as “caudas” que trazia, vetou-o, esperando que o Congresso rejeitasse parcialmente o veto. Com isso, conformava-se ele com a lição dos constitucionalistas pátrios como Barbalho e Aristides Milton, que, em face da Constituição de 1891, não admitiam o veto parcial, ao mesmo tempo que invertiam o problema, colocando a questão da rejeição parcial do veto total.

Depois deles, apenas Themístocles Cavalcanti aborda essa questão. E o faz para responder afirmativamente. “Parece-nos que sim, de momento que o veto total se possa apresentar como um conjunto de vetos parciais, tal a disparidade e diversidade das disposições que constituam o projeto”, diz ele textualmente.

Na verdade, o sim é a melhor resposta. Havendo a possibilidade de veto parcial, o veto total equivale à recusa de cada disposição do projeto. Ora, nada obsta logicamente que o Congresso reaprecie cada disposição do projeto de per si, ratificando umas, rejeitando outras.

A ratificação do projeto tem por consequência dispensar a anuência presidencial. Como a sanção, torna-o lei perfeita e acabada. Daí se infere claramente que a concordância do Presidente é, em nosso Direito, dispensável, embora sua manifestação não o seja, para a transformação de um projeto em lei.

23. PROMULGAÇÃO

Perfeito o ato normativo, qualquer que seja ele, antes que se torne eficaz há de ser promulgado e publicado. Promulgação e publicação constituem no Direito brasileiro uma fase integratória da eficácia do ato normativo.

A promulgação, no Direito pátrio, não foge às linhas clássicas, tais quais foram anteriormente apontadas. “Constitui”, repita-se o ensinamento de Pontes de Miranda, “mera atestação da existência da lei e promulgação de sua executoriedade”. Incide ela sobre ato já perfeito e acabado. Isso se depreende com facilidade do art. 66, § 7º, da Constituição, onde já se menciona como lei o ato a ser promulgado. Com razão assinala José Afonso da Silva que da promulgação decorrem dois efeitos — um é “tornar conhecidos os fatos e atos geradores da lei”; “o segundo é indicar, até que os tribunais se pronunciem em contrário, que a lei é válida, executável e obrigatória — válida e eficaz, quer dizer: a comunicação administrativa por intermédio de uma autoridade, investida de altos poderes pela Constituição, carrega, a respeito do ato-lei — objeto da comunicação — uma presunção *juris tantum* de que a lei é apta a produzir todos os seus efeitos jurídicos próprios”.

Cabe a promulgação, em princípio, ao Presidente da República, por ser ato que prepara a execução. É o que dispõe o art. 66, § 5º, da Constituição, que se aplica aos atos normativos em geral, salvo a emenda constitucional. A promulgação da emenda, que não nos interessa aqui, cabe às mesas da Câmara dos Deputados e do Senado (art. 60, § 3º). A da resolução, embora silente a Constituição, logicamente ao presidente do órgão que a edita. O do Congresso, se resolução do Congresso; o do Senado, se do Senado.

Por força do art. 66, § 7º, da Constituição, o Presidente deverá promulgar o ato, dentro do prazo de quarenta e oito horas decorridas da sanção, expressa ou tácita, ou da comunicação da rejeição do veto. Caso não o faça nesse prazo, a promulgação competirá, por força desse mesmo dispositivo constitucional, ao presidente do Senado Federal, que terá também quarenta e oito horas para fazê-lo, findas as quais deverá fazê-lo o vice-presidente do Senado.

24. PUBLICAÇÃO

À promulgação deve seguir-se, em nosso Direito, a publicação. Esta, aliás, não é regida por norma constitucional alguma e sim pela Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942.

Consiste numa comunicação dirigida a todos os que devem cumprir o ato normativo, informando-os de sua existência e de seu conteúdo. Assim, é a promulgação e não propriamente o ato normativo que se publica.

A publicação é condição da eficácia do ato normativo. Ela “constitui simples condição para se efetivarem, no plano jurídico, as forças que a lei recebeu do legislador” (José Afonso da Silva). Verificada essa condição, fixa-se o termo em que se há de tornar efetiva a eficácia do ato normativo,

conforme decorre do art. 1º da Lei de Introdução.

Compete a publicação à autoridade que promulga o ato. Embora não esteja isso expresso em parte alguma, tal deflui de ser a publicação a comunicação da promulgação de um ato normativo.

Em nosso Direito, não há prazo para a publicação dos atos promulgados. Nem sequer o nosso Direito se lembrou de determinar que a publicação venha logo após, *subito dopo*, a promulgação, como o faz o art. 73 da Constituição italiana. Existe assim uma brecha pela qual se pode protelar a entrada em vigor de um ato normativo, o que importa uma verdadeira fraude.

Há, porém, quem sustente o contrário. Segundo já afirmava Duguit, “a lei há de ser publicada dentro do prazo de promulgação”, isto porque a “publicação integra a promulgação”.

Não é aceitável, porém, essa lição. Promulgação e publicação são atos juridicamente distintos. Aquela atesta autêntica a existência de um ato normativo válido, executável e obrigatório. Esta “comunica” essa existência aos sujeitos a que esse ato normativo se dirige. Esta é notícia daquela. E a notícia de um fato não se confunde com o fato.

Mais ainda, a publicação pressupõe perfeita e acabada a promulgação, a que deve seguir-se. Daí decorre que, embora quem promulgue tenha o dever de publicar, o prazo de promulgação não pode compreender o da publicação, já que do contrário o prazo constitucional de promulgação seria logicamente reduzido pela necessidade de, durante ele, ocorrer a publicação que forçosamente lhe é posterior.

25. LEI DELEGADA

Outra espécie de ato normativo admitido pela Constituição em vigor é a chamada “lei delegada”. Esta, na sistemática constitucional, é um ato normativo elaborado e editado pelo Presidente da República, em razão de autorização do Poder Legislativo, e nos limites postos por este.

Assim, o Legislativo brasileiro está habilitado a delegar o poder de editar regras jurídicas novas ao Poder Executivo, pelo seu chefe — delegação propriamente dita (art. 68).

Em relação à delegação ao Executivo, cumpre salientar a audácia de sua adoção no regime presidencialista. Na verdade, a delegação do poder de editar regras jurídicas novas, do Parlamento para o governo, não mais surpreende nem escandaliza, no regime parlamentarista; entretanto, no presidencialismo, sua admissibilidade é discutível.

De fato, caracterizando-se o parlamentarismo fundamentalmente pela responsabilidade política do Gabinete, sendo este ao mesmo tempo a cúpula da maioria parlamentar e sua expressão, motivo por que a desagregação dessa maioria há de produzir a queda do Gabinete, a delegação do Poder Legislativo pode ser com facilidade justificada. Elaborada no Parlamento, aprovada pelo Parlamento, a lei exprime a vontade da maioria parlamentar, pois esta é quem decide sobre ela. Elaborada pelo Gabinete, aprovada por este, a lei exprime também a vontade da maioria parlamentar, embora indiretamente, já que o Gabinete é fruto desta e está em sua dependência.

No presidencialismo, a situação é diversa. O Presidente não está na dependência do Congresso nem exprime, necessariamente, a sua maioria. Assim, a delegação em seu favor opera uma concentração de poderes em sua mão (ficando de fora só o Judiciário), que o fortalece sobremodo, sem que isso seja de alguma forma compensado pelo desenvolvimento de qualquer controle novo.

Todavia, é tendência observada nos próprios Estados Unidos o desenvolvimento de uma verdadeira “legislação pelo Executivo”, que as necessidades do *Welfare State* parecem exigir.

Sob a Constituição de 1946, aliás, vozes respeitáveis já se haviam feito ouvir em favor da adoção

da delegação legislativa, sem rejeição do presidencialismo, ou mesmo com a manutenção do presidencialismo. Reale, por exemplo, afirmou que “um dos grandes equívocos da Constituição brasileira de 1946 foi proibir a delegação legislativa, cuja necessidade se reconhece até mesmo nos países presidencialistas, como os Estados Unidos da América, por representar um imperativo da vida contemporânea”.

Certamente o primeiro fator a impelir o constituinte a aceitar, no presidencialismo ou no parlamentarismo, a delegação do Poder Legislativo é o aceleração da criação de regras jurídicas novas. Todavia, observa ainda o Prof. Reale, “a delegação legislativa não resulta apenas de motivos ligados à celeridade legislativa. Impõe-se, o mais das vezes, *ratione materiae*, para a particularização e especificação de dispositivos legais que devem ser enunciados de maneira genérica, ou para impedir, em determinados casos, que o período de debates no Parlamento propicie, aos mais astutos, manobras tendentes a anular de antemão os efeitos da lei projetada”.

Destarte, há ponderáveis razões em favor da adoção da delegabilidade do Poder Legislativo, mesmo no regime presidencialista, como o fez a atual Constituição.

26. NATUREZA DA LEI DELEGADA

Problema sério levantado pela lei delegada é o de sua natureza. É ela ato normativo primário, ou ato secundário?

Numa certa medida ela parece ato secundário. De fato, conforme se verá adiante, no estudo do processo de sua edição, a lei delegada pressupõe, como condição de validade, um ato primário individual do Congresso, que é o ato que opera a delegação e lhe marca os limites. Destarte, de certo modo, a lei delegada desdobra um ato primário individual, de maneira a sugerir seu enquadramento entre os atos secundários, como os regulamentos.

Essa análise, porém, não parece a melhor. Se, em sua formalização, a lei delegada poderia ser situada entre os atos secundários, quanto a seu conteúdo e eficácia é ela um típico ato primário. De fato, as normas que estabelece estão no primeiro nível de eficácia, logo abaixo das constitucionais. Desse modo, a lei delegada é um ato primário, derivado de pronto da Constituição, embora condicionado.

27. MATÉRIA VEDADA À DELEGAÇÃO

Não tolera a Constituição vigente, indiscriminadamente, a delegação do poder de legislar ao Presidente. Conforme o art. 68, § 1º, I, II e III, a delegação não é lícita em relação a certas matérias que arrola, quais sejam os atos da competência exclusiva do Congresso, da Câmara e do Senado, bem como a matéria reservada à lei complementar e a edição de normas relativas à organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e as garantias de seus membros; a nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais, e ainda a legislação sobre planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

A indelegabilidade das competências privativas é obviamente justificada pelo seu caráter. Trata-se de disposições que, sobretudo, marcam os poderes de controle e fiscalização geral do Congresso, relativamente ao Poder Executivo, e, assim, não poderiam ser entregues de modo algum ao próprio fiscalizado.

Quanto à indelegabilidade da elaboração de normas sobre a matéria acima indicada, mencionada no § 1º e seus incisos do art. 68, justifica-se esta pela importância dessas matérias já para o indivíduo,

por lhe definirem direitos dos mais altos, já para o próprio regime, por lhe assegurar o funcionamento limpo e honesto.

É preciso não esquecer, porém, que outra matéria indelegável existe, ainda que omitida pelo art. 68, § 1º, I, II e III. Conforme o art. 150, I, só a lei pode exigir ou aumentar tributos.

O termo lei tem aí de ser entendido *stricto sensu*. Consubstancia esse dispositivo uma reivindicação e uma conquista que é mesmo anterior às democracias, pois, como justamente salienta Pontes de Miranda, “antes dela os povos a quiseram contra o Príncipe”.

Ora, tendo essa reserva de lei o caráter de limitação ao Executivo, como sempre teve, é manifesto contrassenso admitir sua delegação exatamente ao Executivo.

28. MODO DE AUTORIZAÇÃO DA DELEGAÇÃO

A delegação do poder de legislar opera-se por meio de resolução. A Constituição só o diz expressamente a respeito da delegação ao Presidente, mas isso deflui da lógica do sistema. Ademais, onde a razão é a mesma, a mesma deve ser a regra.

A delegação ao Presidente se faz por resolução do Congresso Nacional. Todavia, não é de se exigir que essa resolução seja votada em sessão conjunta, em reunião das duas Casas do Congresso; é preciso que o Senado e Câmara aprovem resolução, exatamente coincidente, sobre a delegação, não se aplicando a esse caso o preceito sobre a revisão (art. 65, § 1º), que coloca a segunda Câmara em posição de inferioridade. Nada impede, porém, que essa resolução seja adotada em sessão conjunta, ou que o Regimento do Congresso assim disponha.

29. DELEGAÇÃO AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

A delegação ao Presidente da República é regulada pelo art. 68 da Constituição. Dispõe esse artigo que a delegação será sempre limitada, no sentido que o ato de delegação obrigatoriamente há de especificar o conteúdo da delegação e os termos para seu exercício. Ou seja, deverá ser indicada a matéria sobre a qual deverá versar a lei delegada e o prazo durante o qual será lícito ao Presidente editar normas sobre essa matéria.

A exigência de que conste do ato de delegação a matéria a ser regulada é, assim, da sua substância. Será inválido, será inconstitucional se não a mencionar. É necessário sublinhar que essa menção deverá ser precisa, sob pena de estar descumprido o preceito constitucional. Todavia, na prática, pode-se facilmente prever, será difícil marcar a fronteira entre o preciso e o impreciso. É razoável tomar nessa questão, por empréstimo, a lição norte-americana anteriormente exposta. Nos Estados Unidos, a delegação é considerada válida, pela doutrina e pela jurisprudência atuais, quando o ato de delegação fixar padrões, *standards*, nítidos, que guiem a ação do recipiente da delegação. Em vista disso, será inválida a delegação se os padrões forem vagos e imprecisos, já que isso importaria não uma verdadeira delegação mas realmente uma abdicação.

Em consequência disso, será inválida, por excesso de poder, a lei delegada que for além da matéria objeto da habilitação.

A delegação, por outro lado, para que seja constitucional, deverá ser temporária. Assim, de modo algum será válida a delegação por toda a duração de uma legislatura, já que isso importaria uma abdicação, não uma delegação.

O caráter temporário da delegação suscita três indagações. A primeira concerne à possibilidade de, durante o prazo para seu exercício, editar o Presidente mais de uma lei sobre a mesma matéria. A

segunda, sobre a possibilidade de o Legislativo, durante o prazo da delegação, editar lei ordinária, dispondo sobre essa matéria. A terceira, que está muito de perto ligada à segunda, é a de se saber se o Legislativo pode desfazer a delegação, retirando-a antes de terminado o prazo concedido para o seu exercício.

A resposta às três indagações deve ser afirmativa. Se a delegação é por prazo certo, obviamente persiste durante todo ele; desse modo, não há por que não possa o Presidente editar mais de uma lei, enquanto esse prazo estiver em curso.

Por outra, a delegação não priva o Legislativo de qualquer parcela de seu poder, nem lhe retira o exercício deste. É simplesmente uma habilitação. Destarte, o poder delegante não renuncia à faculdade de editar, ele próprio, leis sobre a matéria delegada. E, igualmente, nada impede que revogue essa delegação, se isso lhe parecer conveniente.

O referido art. 68 da Constituição prevê duas modalidades de lei delegada presidencial.

A primeira, esta sim, é a típica lei delegada presidencial. Traduz-se pelo estabelecimento de regras jurídicas, através de sua promulgação pelo Presidente. O ato promulgatório é, assim, o ato que ao mesmo tempo cria a norma e atesta a sua perfeição. É, nesse caso, a edição da lei delegada um ato simples condicionado por outro ato que é a delegação. Será, todavia, essa espécie de lei delegada um ato complexo?

Para a principal corrente da doutrina, um dos traços característicos do ato complexo é a identidade de conteúdo nas manifestações que se fundem, ou se integram, no ato complexo. Aceitando-se esse magistério, a qualidade de ato complexo tem de ser recusada à lei delegada. De fato, não há identidade de conteúdo entre o que opera a delegação, estabelecendo, embora, a matéria e os *standards* (o que nossa Constituição imprecisamente denomina de conteúdo...), e o ato presidencial que edita normas jurídicas, ainda que desdobradas desse *standard*.

Autores há, contudo, que não consideram a identidade de conteúdo elemento essencial do ato complexo. Para estes, os elementos essenciais são fim unitário, analogia de interesses, homogeneidade da atividade e exercício do mesmo poder. Assim, não lhes parece essencial a identidade de conteúdo da manifestação das vontades, bastando tenderem essas vontades a um fim unitário. Nestes termos, a lei delegada presidencial é um ato complexo, pois a vontade do Congresso e a do Presidente, embora não tenham conteúdo idêntico, visam a um mesmo fim. E todos os demais elementos característicos são facilmente identificados nessa espécie de ato normativo.

Na verdade, a opinião destes últimos merece acatamento. A integração, ou a fusão de vontades, se dá em razão de um fim comum. O conteúdo é simplesmente consequência dessa comunidade de fim. Este é que prevalece, mesmo sobre disparidades de conteúdo. Se assim não fosse, a desigualdade de peso das vontades, inerente ao ato complexo desigual, não permitiria a criação de ato complexo. O decreto legislativo que põe fim ao processo de elaboração de leis no seio do Congresso é sempre um ato complexo, ainda que a deliberação de uma das Câmaras rejeite, e desse modo elimine do texto final, as emendas aprovadas pela Casa revisora.

A segunda modalidade de lei delegada presidencial foge completamente dos padrões usuais de delegação de Poder Legislativo ao Executivo. Na verdade, é, antes, uma inversão do processo de elaboração de leis ordinárias.

De fato, no processo ordinário, o Congresso estabelece as regras e o Presidente as sanciona. No processo previsto para essa segunda modalidade de lei delegada presidencial, o Congresso delega, especificando conteúdo e termo, ao Presidente o estabelecimento de regras jurídicas novas, contudo se reserva o direito de apreciar o projeto presidencial, como conclusão da elaboração do novo texto.

Destarte, o Congresso é que “sanciona” o projeto elaborado pelo chefe do Executivo.

É isso o que decorre do art. 68, § 3º, onde está disposto que a resolução que outorga a delegação poderá “determinar apreciação do projeto pelo Congresso”, caso em que esta apreciação se fará “em votação única, vedada qualquer emenda”.

Este procedimento, em realidade, é uma previsão inútil, ou quase, da Constituição. Para estabelecer o texto de um projeto, o Presidente não precisa de delegação, tem iniciativa ampla. Assim, nessa segunda forma de legislação delegada presidencial, a principal inovação é a proibição de emenda, “vantagem” largamente compensada pela ausência de prazo para a manifestação do Congresso e, sobretudo, pela necessidade de habilitação prévia ...

Indubitavelmente, a segunda modalidade de lei delegada presidencial é um ato complexo. A seu respeito não há lugar para a dúvida que a primeira suscita. Com efeito, ela surge da vontade do Presidente conjugada com a do Congresso, tendo ambas conteúdo igual e apresentando todos os outros caracteres, já mencionados, dos que a doutrina empresta aos atos complexos.

30. MEDIDAS PROVISÓRIAS

A Constituição em vigor substituiu o decreto-lei do direito anterior pelas *medidas provisórias*. São estas atos normativos com força de lei editados pelo Presidente da República, em casos de relevância e urgência.

As medidas provisórias tiveram seu perfil alterado pela Emenda Constitucional n. 32/2001, que mudou profundamente o seu regime ao dar nova redação ao art. 62 da Constituição de 1988.

Em face do direito vigente, seus principais traços são:

1º) Quanto às *condições*

A medida provisória pressupõe “relevância e urgência”. Literalmente, pois, reclama uma cumulação de condições — a de urgência e a de relevância. Em síntese, pode-se sustentar que a medida provisória foi prevista para o caso de uma urgência qualificada pela relevância. Ou seja, como instrumento de *legiferação de urgência*. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal tem tolerado medidas provisórias que não apresentam o caráter de urgência.

2º) Quanto à *matéria*

A redação primitiva do art. 62 da Constituição não explicitava matérias vedadas às medidas provisórias.

A Emenda Constitucional n. 6/95, que introduziu a proibição de regulamentar por intermédio de medida provisória Emendas adotadas depois dela, foi alterada, agora, pela Emenda Constitucional n. 32/2001. Esta veio proibir sua incidência sobre: “nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; direito penal, processual penal e processual civil; organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º”; que editem ato “que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro”; ou matéria “reservada a lei complementar”; ou “já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República”.

O rol acima abrange as matérias proibidas à lei delegada, mas se estende mais longe, como se apreende do confronto com o disposto no art. 68, § 1º.

3º) Quanto ao *prazo*

A medida provisória, na redação primitiva, tinha o prazo de trinta dias para ser convertida em lei.

A nova redação dá, para a conversão, o prazo de sessenta dias. Autoriza, porém, a prorrogação automática desse prazo, por mais sessenta dias, nos termos do § 3º. Mas a prorrogação somente é admitida por uma única vez (§ 7º).

4º) Quanto à *eficácia*

A medida provisória possui eficácia imediata, desde a sua publicação.

5º) Quanto ao valor dos *efeitos produzidos*

Embora o § 3º do art. 62, novo, continue a prever que as medidas provisórias não convertidas em lei perderão *ex tunc* a sua eficácia, ele ressalva as situações regidas pelos §§ 11 e 12.

Ora, este § 11 mantém regidas pela medida provisória não convertida as situações dela decorrentes. Entretanto, nos primeiros sessenta dias posteriores à perda de eficácia da medida, decreto legislativo poderá dispor sobre essas relações jurídicas, consoante prevê o § 3º, *in fine*.

Há nisto uma profunda modificação relativamente ao que resultava do texto primitivo. Neste, os efeitos da medida provisória não convertida se desconstituíam, salvo se decreto legislativo dispusesse em contrário. Ao invés, hoje eles perduram válidos, salvo se o decreto legislativo dispuser em contrário. E isto no prazo de sessenta dias mencionado.

6º) A *provisoriidade*

A medida provisória é, como o nome indica, uma legislação provisória, com eficácia imediata. De fato, reclama uma “conversão em lei”, ou seja, uma verdadeira legislação pelo Congresso Nacional.

É certo que, sob a redação primitiva, a prática havia feito com que esse provisório se tornasse definitivo, dada a reedição de medidas provisórias não convertidas em lei.

7º) A *reedição*

O texto constitucional primitivo não abordava a renovação de medida provisória. Parece dele inferir-se, ao contrário, que ela não poderia ser renovada. Decorrido o prazo de trinta dias, ela caducaria, sendo desfeitos *ex tunc* os seus efeitos, salvo se o Congresso Nacional dispusesse em contrário quanto a estes.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal tolerou essa reedição, o que ensejou o abuso e, em última análise, a insegurança jurídica.

A nova redação proíbe, na mesma sessão legislativa, a reedição de medida provisória que tenha tido a sua conversão em lei rejeitada pelo Congresso Nacional, ou tenha perdido sua eficácia pelo decurso do prazo de sessenta dias sem tal conversão. Claramente, visa a coibir a prática mencionada.

8º) *Procedimento de conversão*

O texto primitivo não regulava o procedimento de conversão em lei da medida provisória. Ficou ela a cargo do regimento do Congresso Nacional. A nova redação estabelece normas a esse propósito.

Em primeiro lugar, dispõe que a medida provisória seja objeto de exame e parecer por Comissão mista de deputados e senadores (§ 9º).

Em seguida, deverá ser ela apreciada em separado pela Câmara dos Deputados e depois, se aprovada, pelo Senado Federal (§ 9º). Note-se que o § 5º reclama, em cada Casa, um “juízo prévio” sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais, ou seja, sobre urgência e relevância e sobre o seu cabimento (matéria não vedada).

Dispõe ademais o texto novo que, se decorridos quarenta e cinco dias da promulgação da medida, não houver sido ela apreciada pelas Casas do Congresso, entrará o projeto de conversão em regime de

urgência, sobrestando-se até que haja deliberação, todas as votações sobre matéria legislativa na Câmara onde estiver tramitando.

O texto, porém, não é explícito sobre o caso de, aprovando o Senado a medida provisória mas com emendas relativamente ao que o foi pela Câmara, o projeto de lei de conversão voltar a esta, como se dá no procedimento legislativo comum (art. 65, parágrafo único). A lógica manda que sim.

9º) *Sanção presidencial*

Deixa claro o novo texto que o Presidente da República deverá sancionar — e evidentemente poderá vetar, de forma total ou parcial — o projeto de lei de conversão, se este alterar o que consta da medida provisória (§ 12). *A contrario sensu*, essa sanção é dispensada se a conversão nada modificar do texto da medida provisória.

Por sua vez, explicita o § 12 que, enquanto não decorrer o prazo de sanção ou veto, ou — depreende-se — até a eventual rejeição do veto, vigorará o texto da medida provisória.

Ocorre, portanto, uma presunção a favor da permanência do regime aplicado às relações jurídicas pela medida provisória.

31. LEI COMPLEMENTAR

Outra modalidade de ato normativo prevista pela Constituição é a “lei complementar”, sobre a qual o texto constitucional é lacônico e obscuro, forçando o intérprete a apoiar-se quase que exclusivamente na opinião da doutrina em seu estudo.

A Lei Magna vigente, porém, não é o primeiro texto constitucional a prever, no Brasil, essa espécie de ato normativo. Nem deixa de ter símile estrangeiro.

Entre nós, a Emenda Constitucional n. 4 à Constituição de 1946, o chamado Ato Adicional, que estabeleceu o parlamentarismo, permitiu, em seu art. 22, que se complementasse o sistema parlamentar de governo mediante leis caracterizadas pela exigência da maioria absoluta, para sua aprovação, nas duas Casas do Congresso.

Numa análise percuciente, o Prof. Miguel Reale demonstrou serem essas leis um “*tertium genus* de leis, que não ostentam a rigidez dos preceitos constitucionais, nem tampouco devem comportar a *revogação* (perda da ‘vigência’) por força de qualquer lei ordinária superveniente”, opinião essa partilhada por outros juristas, como Pontes de Miranda.

Revogada a Emenda n. 4, com ela desapareceu esse *tertium genus* de nosso Direito positivo. Todavia, ao se cuidar da reforma do Poder Legislativo, lembrou-se o mestre paulista de recomendar seu restabelecimento, para dar maior estabilidade a regras que, sem dever gozar da “rigidez dos textos constitucionais”, nem por isso podem ser deixadas expostas “a decisões ocasionais ou fortuitas que às vezes surpreendem o próprio Parlamento e a opinião pública”.

Dispõe o art. 69 da Constituição do Brasil que: “As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta”.

Continua válida a velha lição de Maximiliano, a de que se deve aplicar à norma atual “a interpretação aceita para a anterior”. É de se sustentar, portanto, que a “lei complementar” é um *tertium genus* interposto, na hierarquia dos atos normativos, entre a lei ordinária (e os atos que têm a mesma força que esta — a lei delegada e, hoje, a medida provisória) e a Constituição (e suas emendas). Tal é o entendimento de Pontes de Miranda nos seus *Comentários à Constituição de 1967*.

Não é só, porém, o argumento de autoridade que apoia essa tese; a própria lógica jurídica o faz. A lei complementar só pode ser aprovada por maioria qualificada, a maioria absoluta, para que não seja,

nunca, o fruto da vontade de uma minoria ocasionalmente em condições de fazer prevalecer sua voz. Essa maioria é assim um sinal certo da maior ponderação que o constituinte quis ver associada ao seu estabelecimento. Paralelamente, deve-se convir, não quis o constituinte deixar ao sabor de uma decisão ocasional a desconstituição daquilo para cujo estabelecimento exigiu ponderação especial. Aliás, é princípio geral de direito que, ordinariamente, um ato só possa ser desfeito por outro que tenha obedecido à mesma forma.

Da inserção da lei complementar entre a Constituição e a lei ordinária, decorrem consequências inexoráveis e óbvias.

Em primeiro lugar, a lei complementar não pode contradizer a Constituição. Não é outra forma de emenda constitucional, embora desta se aproxime pela matéria e pela exigência de maioria qualificada. Tanto não o é, que foi prevista à parte pelo constituinte... Tanto não o é, que seria um *bis in idem* se tivesse a força da emenda. Daí decorre que pode incidir em inconstitucionalidade e ser, por isso, inválida.

Em segundo lugar, a lei ordinária, a medida provisória e a lei delegada estão sujeitas à lei complementar. Em consequência disso, não prevalecem contra ela, sendo inválidas as normas que a contradisserem. Entretanto, deve-se reconhecer que, em muitos casos, a lei complementar não passa de instrumento para a edição de direito novo. Nestes, é ela exigida apenas para que o ato necessite da maioria absoluta para aprovação.

Problema que surge no estudo da lei complementar é o de se saber se tem, ou não, matéria própria.

Pode-se pretender que não. Que, sendo toda e qualquer lei uma complementação da Constituição, na medida em que dispõe onde e segundo esta consentiu, a complementaridade decorreria simplesmente de um elemento formal objetivo: a sua aprovação pelo rito previsto na Constituição para o *tertium genus*. Assim, em última análise, seria complementar e, portanto, superior à lei ordinária e à lei delegada toda e qualquer lei que houvesse sido proposta como tal e aprovada por maioria absoluta em ambas as Casas do Congresso Nacional.

Essa interpretação, porém, não parece ser a correta.

Rejeita-a o Direito comparado. Analisando o art. 46 da Constituição francesa de 1958, afirma literalmente Vedel: “A definição das leis orgânicas é extremamente simples: são leis orgânicas as leis às quais a Constituição confere essa qualidade”.

Reprova-a o bom-senso. Criando um *tertium genus*, o constituinte o faz tendo um rumo preciso: resguardar certas matérias de caráter paraconstitucional contra mudanças constantes e apressadas, sem lhes imprimir rigidez que impedisse a modificação de seu tratamento, logo que necessário. Se assim agiu, não pretendeu deixar ao arbítrio do legislador o decidir sobre o que deve ou o que não deve contar com essa estabilidade particular.

A Constituição enuncia claramente em muitos de seus dispositivos a edição de lei que irá complementar suas normas relativamente a esta ou àquela matéria. Fê-lo por considerar a especial importância dessas matérias, frisando a necessidade de receberem um tratamento especial. Só nessas matérias, só em decorrência dessas indicações expressas, é que cabe a lei complementar.

Resta examinar a estrutura, como ato normativo, da lei complementar.

A Constituição anterior previa-lhe o rito de elaboração.

Com efeito, dispunha seu art. 50 que a lei complementar seria aprovada, com observância dos “demais termos da votação das leis ordinárias”, pela maioria absoluta dos membros das duas Casas do Congresso.

A atual só diz que a lei complementar será aprovada por maioria absoluta. Quanto à sua elaboração — deve-se entender —, a lei complementar segue o previsto para a elaboração da lei ordinária, com uma única diferença: a exigência de maioria absoluta em cada uma das Casas do Congresso Nacional para sua aprovação.

Caberá, porém, a sanção, e conseqüentemente o veto, relativamente aos projetos de lei complementar? Sendo silente a Constituição sobre isso, havia quem o negasse.

Era essa a opinião de Pontes de Miranda. Este sustentava ao tempo do Ato Adicional, como o sustentava em face da Constituição de 1967, que a lei complementar se aperfeiçoava pela aprovação no Congresso. Disso resultaria não caber, relativamente a esse ato normativo, nem a sanção nem o veto.

A prática constitucional brasileira tem admitido a participação do Presidente na elaboração das leis complementares. Tem-lhe reconhecido poder de iniciativa nessa matéria, pondo-o aí em pé de igualdade com deputados e senadores. Tem-lhe exigido a sanção, e, portanto, admitido o seu veto, com relação aos projetos aprovados pelo Congresso. Assim, nessa prática, a lei complementar é elaborada como lei ordinária, em tudo observando o que esta dispõe, salvo no que concerne à maioria necessária para a sua aprovação, o que não é desarrazoado. Mesmo porque os estudiosos da lei complementar insistem em marcar sua ligação com esta, como o faz o próprio Pontes de Miranda.

Desse modo, como a lei ordinária, a lei complementar no Direito pátrio é um ato complexo desigual. Só se aperfeiçoa quando à vontade do Congresso, manifestada, por sua vez, num ato complexo, se soma a do Presidente, ou quando se supera a falta desse consentimento por meio de nova deliberação parlamentar.

32. DECRETO LEGISLATIVO

O art. 59 da Constituição inclui no “processo legislativo” a elaboração de decretos legislativos e de resoluções, atos a que falta o caráter de instauração de normas gerais e abstratas.

Ao tempo em que ainda vigorava a Constituição de 1946, ensinava José Afonso da Silva que a expressão “decreto legislativo” designava todo ato do Congresso adotado segundo o processo estabelecido para a tramitação dos projetos de lei pelo Legislativo. Assim, o projeto de lei, quando aprovado no Congresso, se tornava decreto legislativo e como tal subia para a sanção, ou veto, na primeira hipótese e pela sanção transformando-se em lei. Em certas matérias, porém, da competência exclusiva do Congresso, excluída a sanção, e conseqüentemente o veto presidencial, o decreto legislativo era o próprio ato de disposição, perfeito e acabado, pelo qual o titular da competência a fazia valer.

A mesma lição parece valer para a atual Constituição. Nesta, a expressão “decreto legislativo” refere-se à segunda das acepções acima indicadas. É o que confirma a lição de Pontes de Miranda: “Decretos legislativos são as leis a que a Constituição não exige a remessa ao Presidente da República para a sanção (promulgação ou veto)”.

Ora, sobre as matérias de competência exclusiva do Congresso arroladas na atual Constituição pelo art. 49, não cabe a normatividade abstrata característica da lei propriamente dita.

De fato, os itens do art. 49 atribuem ao Congresso o “resolver”, o “autorizar” ou “permitir” ou “aprovar” ou “sustar”, o “mudar”, o “fixar”, o “julgar”, o “deliberar”, e só a menção desses verbos já mostra que se está em face de questões sobre as quais o constituinte quis deixar a decisão última ao Congresso, especialmente como forma de fiscalização do Poder Executivo. Somente os itens VII e VIII

sobre a fixação da remuneração, respectivamente, de Deputados e Senadores e do Presidente e Vice-Presidente da República é que dão azo à edição de normas gerais. As outras hipóteses, apenas à de normas individuais. Ora, a elaboração de normas individuais não é matéria considerada como pertencente ao “processo legislativo”, nem ao “processo normativo” em sentido estrito.

33. RESOLUÇÃO

Se, com boa vontade, ainda se pode dizer que a inclusão do decreto legislativo no “processo normativo” apresenta um ténue fundamento, bem mais difícil é admiti-lo em relação às resoluções, também incluídas pelo art. 59 no “processo legislativo”.

“Em direito constitucional”, assinala Pontes de Miranda, “‘resolução’ é a deliberação que uma das Câmaras do Poder Legislativo, ou o próprio Congresso Nacional, toma, fora do processo de elaboração das leis e sem ser lei.” Conhecida dos Regimentos Internos do Congresso e de suas Casas, a resolução que era prevista na Constituição anterior (1967) destinava-se a “regulamentar matéria de interesse interno (político ou administrativo) de ambas as Casas em conjunto ou de cada uma delas em particular”.

A Constituição em vigor previu-a expressamente, e não apenas no art. 59. Menciona-a como competência do Senado para fixar alíquotas aplicáveis a alguns impostos estaduais (art. 155, § 2º, IV), e também estabeleceu o constituinte a resolução do Congresso Nacional como instrumento da delegação do Poder Legislativo ao Presidente da República... (art. 68, § 2º).

A distinção de domínios entre a resolução e o decreto legislativo pelo critério formal é fácil. O decreto é elaborado pelo processo previsto para a elaboração de leis, a resolução, por processo diferente. Essa solução, contudo, só cabe *a posteriori*. Como discriminar *a priori* que deliberações do Congresso deverão seguir o caminho do decreto legislativo, quais o da resolução, é o problema que perdura. A nosso ver, a solução está em observar-se a tradição. Decreto legislativo e resolução essencialmente ditam normas individuais, no que se confundem; mas, no nosso direito anterior, enquanto a resolução não era constitucionalizada, sempre se entendeu que a disposição relativa às matérias de competência privativa do Congresso Nacional se manifestava pelo decreto legislativo. Não há razão para mudar, mesmo porque essas matérias são todas da mais alta relevância, o que justifica a adoção de um processo rígido para a sua apreciação. Destarte, o campo do decreto legislativo, na atual Constituição, é o das matérias mencionadas no art. 49, sem exceção. Fora daí, e fora do campo específico da lei, é que cabe a resolução.

Do que se expôs, claramente se infere que a resolução não tem por que ser incluída no processo normativo *stricto sensu*.

Seção 3ª

O PODER EXECUTIVO

SUMÁRIO: 1. Considerações gerais.

LEITURA COMPLEMENTAR: UNESCO, Le rôle de l'exécutif dans l'État Moderne, *Bulletin*, v. 10, n. 2, 1958; G. Burdeau, O

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Dos três poderes que na doutrina clássica dividem entre si as funções do Estado, sem dúvida, é o Executivo o que mais diversamente é hoje encarado.

O exame do conceito e do caráter do Poder Executivo bem como da evolução das concepções sobre ele é assim indispensável para que se possam compreender as modificações políticas e constitucionais que sofreu e sofre o Estado moderno, seja no concernente às relações entre o Executivo e os demais poderes — particularmente o Legislativo — seja no referente à estrutura desse próprio poder. Importa por isso não só estudar essa evolução como também a organização do Executivo contemporâneo.

Essa análise fundamental será o objeto do Capítulo 22 desta Seção, enquanto a organização do Executivo contemporâneo merecerá a atenção do Capítulo 23.

Por outro lado, o Executivo está à testa do mecanismo burocrático e das Forças Armadas, sendo este o ensejo de se estudar o estatuto e a missão constitucional do serviço civil e do braço militar. Igualmente, giram em torno da cúpula do Executivo inúmeros órgãos auxiliares fruto da complexidade das questões que deve enfrentar, cujo estudo não pode ser evitado, visto que a Constituição lhes consagrou as missões.

Consequentemente, o Capítulo 24 e o Capítulo 25 tratarão, respectivamente, da Administração Civil e das Forças Armadas.

Capítulo 22

O PODER EXECUTIVO E SUA MISSÃO

SUMÁRIO: 1. O Executivo na “separação dos poderes”. 2. A dupla missão do Executivo na doutrina clássica. 3. O novo caráter do Executivo e suas causas. 4. O poder governamental. 5. A representação do Estado.

LEITURA COMPLEMENTAR: UNESCO, Le rôle de l'exécutif dans l'État Moderne, *Bulletin*, v. 10, n. 2, 1958; G. Burdeau, O Poder Executivo na França, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, 1961.

1. O EXECUTIVO NA “SEPARAÇÃO DOS PODERES”

Entre os pais da *separação de poderes* a ideia de força era inseparável da concepção que faziam do Poder Executivo. Locke, por exemplo, o mostra bem quando declara impossível a separação do Executivo do Federativo, “ambos exigindo a força da sociedade para seu exercício” (*Segundo tratado*, cit., n. 148). E basta ver quais tarefas lhe atribuiu Montesquieu para que se demonstre não ser diferente o pensar deste.

Assim, aparece o Executivo como o “gládio a serviço da lei”, o fiscal de sua execução e seu

executor mesmo em certos campos. Seu papel é, pois, nitidamente subordinado. A orientação, o rumo é o Legislativo, é a lei quem traça. Fielmente cabe ao Executivo zelar para que as resoluções do legislador sejam acatadas e cumpridas se preciso for pela coação.

Este papel secundário do Executivo, que era naquele tempo o rei, tinha claro sentido político, qual seja o de exaltar a representação popular. Coincidia também com as ideias do *laissez-faire*, na medida em que excluía do campo econômico e social o único dos poderes em condições de nele intervir.

2. A DUPLA MISSÃO DO EXECUTIVO NA DOCTRINA CLÁSSICA

“Gládio a serviço da lei”, cabe ao Executivo uma dupla missão: a defesa externa e a manutenção da ordem interna. Para a doutrina clássica não é outra a sua razão de ser. Todavia, essas tarefas principais pressupõem outras menores, sem as quais não podem ser desempenhadas. Assim, compete ao Executivo encabeçar a administração e assegurar, preferivelmente de modo indireto, o funcionamento dos serviços públicos indispensáveis.

Para a doutrina do século XIX, portanto, o Executivo era a gestão das relações exteriores, a burocracia, as Forças Armadas, a polícia e o funcionamento dos grandes serviços públicos. Sempre *sub lege*, se lei houvesse.

3. O NOVO CARÁTER DO EXECUTIVO E SUAS CAUSAS

A transformação do *État-gendarme* no *Welfare State* veio modificar profundamente o caráter do Executivo. Não é preciso repisar o estudo das causas dessa transformação; basta aqui analisar as suas consequências.

A mais flagrante das consequências dessa mudança de filosofia do Estado foi a extensão das tarefas de que foi este investido, ao mesmo tempo em que se alargava o campo de outras, que já eram suas. Ora, essa extensão foi principalmente uma ampliação das tarefas assumidas pelo Executivo. A este é que coube criar e gerir os serviços assistenciais, tomar o leme da vida econômica e financeira, impulsionar e mesmo dirigir os serviços públicos essenciais espaldando ou substituindo a iniciativa privada, fraca ou inexistente. Tudo isso recaiu sobre seus ombros porque sua estrutura concentrada lhe permitia as decisões prontas que nesses campos são necessárias.

Paralelamente, a aceleração do intercâmbio internacional, dos meios de comunicação, o surgimento de um sistema universal de relações internacionais, estendeu sobremaneira o terreno que já era seu da política estrangeira. Além disso, acentuou a importância desta para a sobrevivência e o desenvolvimento nacionais.

Essa extensão de tarefas trouxe aumento de prestígio, especialmente porque nas repúblicas o Executivo se tornou desde cedo a cúpula do partido ou da coligação majoritária. Daí resultou que, embora a estrutura constitucional não se modificasse, ainda que o Legislativo conservasse uma preeminência aparente, o centro real do poder político se deslocou para o Executivo. De fato, este se tornou o motor da vida política, a mola do governo, o que, em última análise, veio repercutir no próprio campo legislativo, com a legislação delegada etc.

Mais ainda, tendo em mãos a vida econômica, pelo controle de câmbio, dos meios de pagamento, do fisco, veio o Executivo a transformar-se no árbitro da vida social, cujas opções governam a tudo e todos.

4. O PODER GOVERNAMENTAL

Essa mudança na missão do poder, no seu caráter fundamental, tornou imprópria a designação Executivo. Como chamar de Executivo o poder que verdadeiramente governa?

Reconhecendo a necessidade de alterar o nome, várias Constituições recentes substituíram a designação tradicional pela de *governo*, tornando-se comum na doutrina a referência a um *poder governamental*. É o caso, ao menos da Constituição italiana em vigor (v. Título III, 2ª Parte), da Lei Fundamental de Bonn (v. art. 62), da Constituição francesa de 1958, cujo art. 20 reza: “O governo determina e conduz a política da Nação. Dispõe da administração e da força armada...”.

5. A REPRESENTAÇÃO DO ESTADO

Resta salientar que, por tradição derivada dos tempos monárquicos, é no supremo órgão do Executivo que se encontra o representante do Estado em sua inteireza. A chefia do Estado, a sua representação nas relações internacionais, nele é que tem sua sede, ainda que o órgão disso incumbido não seja muita vez o que governa. Assim, nem sempre o chefe de Estado é o chefe do governo, conforme se mostrará adiante (v. n. 3 e 4 do capítulo seguinte).

Capítulo 23

A ESTRUTURAÇÃO DO GOVERNO

SUMÁRIO: 1. O Executivo: governo mais administração. 2. As figuras básicas do governo. 3. A chefia do Estado. 4. A chefia do governo. 5. Os ministros. 6. As formas típicas de governo. 7. A forma monocrática. 8. A forma dualista. 9. A forma colegiada. 10. A estrutura do Executivo no Brasil. 11. Os poderes do Presidente da República. 12. A eleição do Presidente da República. 13. Reeleição do Presidente da República. 14. O mandato presidencial. 15. Requisitos para a presidência. 16. Vacância da presidência. 17. Impedimentos do Presidente. 18. A sucessão e a substituição do Presidente. 19. A vice-presidência. 20. Os requisitos para o ministério. 21. Funções do ministro. 22. Órgãos de apoio ao Presidente da República. 23. Conselho da República. 24. Conselho de Defesa Nacional.

LEITURA COMPLEMENTAR: a do capítulo anterior e Edward S. Corwin, *The president: office and powers*, 4. ed., New York, 1957.

1. O EXECUTIVO: GOVERNO MAIS ADMINISTRAÇÃO

O Poder Executivo compreende o governo, que é sua cabeça, e a administração, que consiste em seu tronco e membros. O primeiro é o órgão ou conjunto de órgãos, a que pertence a representação do todo e a tomada das decisões fundamentais, no que é de sua competência. A segunda é o conjunto de órgãos que propriamente acompanham a execução das leis e decisões em geral, ou que a preparam. Ou, ainda, que as executam por si. Compreende tanto o serviço civil, ou burocracia, como as Forças Armadas, o seu braço militarizado.

2. AS FIGURAS BÁSICAS DO GOVERNO

O governo apresenta certas figuras básicas, cuja combinação, ou mesmo fusão às vezes, estrutura suas formas. Essas figuras são: o chefe de Estado, o chefe do governo e os ministros. Os dois primeiros são os atores principais, os últimos são os coadjuvantes sempre presentes no drama político-administrativo.

3. A CHEFIA DO ESTADO

Por chefia de Estado entende-se, em última análise, a representação tanto externa quanto interna da unidade do Estado. O titular dessa chefia é quem simboliza, aos olhos do estrangeiro, o Estado, aos olhos do cidadão, a unidade nacional, o passado, o presente e o futuro comuns. Personalizando a permanência e a integridade do Estado, é o guardião dos interesses perenes, dos valores tradicionais.

A ele cabe uma função moderadora, destinada a arbitrar eventuais conflitos entre poderes. É uma tarefa de primordial importância que lhe atribuía a Constituição brasileira de 1824, como lhe atribuem a Constituição francesa de 1958 e a Constituição espanhola de 1978.

De seu caráter decorrem as tarefas que o Direito comparado mostra lhe serem normalmente conferidas: a presidência das cerimônias cívicas, a representação nos atos solenes internacionais, como a recepção formal de embaixadores, o grão-mestrado das ordens honoríficas, a nomeação para certos cargos ou funções não políticas, o conselho nas crises e nos problemas e, mesmo, a arbitragem nos conflitos políticos.

O caráter da função recomenda que na chefia do Estado somente seja investida pessoa cuja prudência e equilíbrio estejam fora de dúvida. Por isso, pondo-se de parte o caso das monarquias, nos Estados onde essa função não é fundida com outra, a escolha de seu titular costuma fazer-se por via indireta (v. g., Alemanha), já que os dotes necessários para bem exercê-la não são os que conquistam votos nos comícios populares.

4. A CHEFIA DO GOVERNO

Por chefia do governo entende-se a liderança na política nacional, pela orientação das decisões gerais e pela direção da máquina administrativa. É o chefe do governo o guia da nação em busca de um alto destino, como cabeça de sua estrutura política. É a mola de sua marcha para a conquista dos objetivos de cada dia, sem os quais não se vive. A ele compete a primeira palavra na determinação e na condução da política nacional.

Claramente, pois, se desenham os principais aspectos de sua tarefa. Destes o primeiro é elaborar uma política, um *indirizzo generale* para a ação governamental. É sua missão propriamente política, na medida em que esta é escolha de fins e de meios adaptados a alcançá-los.

Outro é levar o mecanismo administrativo em direção de tais fins, fiscalizando-o.

Como, todavia, no mundo contemporâneo, os fins políticos não se conseguem, normalmente, sem o apoio popular, deve-se insistir nisto que o chefe do governo tem de marcar sempre a sua liderança sobre a nação.

A escolha do chefe do governo costuma ser deferida ao povo, ou ao colégio de seus representantes. Tal deflui de, na democracia, dever ele exprimir a vontade política do soberano, o povo. Essa eleição pode ser direta, pelo voto popular, como é comum no presidencialismo, ou indireta, como no parlamentarismo.

5. OS MINISTROS

Os ministros são os vogais de todo governo. Sua tarefa específica é chefiar departamentos básicos da administração pública, conduzir os trabalhos das grandes seções especializadas da máquina estatal — os ministérios.

Seu papel político é, em geral, o de auxiliares graduados do chefe do governo, a quem devem assessorar e aconselhar. Podem ser, todavia, co-titulares do poder governamental, o que sucede quando este cabe a um órgão coletivo, caso em que não há chefe do governo, mas apenas um primeiro-ministro, porta-voz do órgão coletivo.

Na verdade, essa cotitularidade está em franca regressão, já que é tendência universal assegurar-se um *leadership* no seio do governo. É o que demonstram as Constituições da França, da Itália, da Alemanha etc.

Auxiliares, a escolha dos ministros compete a quem ajudam. Essa escolha, porém, pode ser sujeita a ratificação por outro órgão, por todo o Parlamento, no parlamentarismo; pelo Senado, no presidencialismo americano.

6. AS FORMAS TÍPICAS DE GOVERNO

Três são os tipos de estruturação do Executivo mais comuns: o *monocrático*, o *dualista* e o *coletivo*, ou *colegiado*.

7. A FORMA MONOCRÁTICA

A forma mais simples é a *monocrática*. Seu característico fundamental é a fusão da chefia do Estado com a chefia do governo. Característica secundária é serem os ministros simples auxiliares do chefe-de-Estado-chefe-do-governo, a quem servem enquanto a este bem parecer.

É essa forma que historicamente exemplificam as monarquias limitadas do século XIX, e as repúblicas presidencialistas, como os Estados Unidos e o Brasil.

8. A FORMA DUALISTA

Forma mais complexa é a *dualista*, em que a chefia do Estado é separada do governo, propriamente dito. Este último era tradicionalmente confiado a um órgão coletivo, entretanto, como se salientou logo acima (v. n. 5 deste capítulo), a tendência atual é conferir-se a órgão unipessoal a chefia do governo, reduzindo-se os ministros à sua tarefa de assessoria e conselho.

Esta forma de Executivo é a do parlamentarismo, no qual sempre se separou o chefe de Estado, rei ou Presidente da República, do gabinete, no seio do qual cada vez mais avulta a preponderância do chanceler (Alemanha) ou do presidente do Conselho (França).

9. A FORMA COLEGIADA

Enfim, a última forma se caracteriza por concentrar as funções de chefia do Estado e as governamentais num único órgão coletivo, cabendo a personificação da chefia rotativamente a seus membros.

É o caso do antigo *executivo colegiado* uruguaio e do *executivo diretorial* suíço.

Distinguem-se estes formalmente, porém. Naquele as decisões governamentais cabem de direito ao órgão coletivo, enquanto neste o órgão coletivo deve simplesmente executar as decisões do Parlamento, mas de fato as orienta.

10. A ESTRUTURA DO EXECUTIVO NO BRASIL

No Brasil, se poderia dizer sem forçar a verdade que, de 1822 até hoje, sempre se teve Executivo monocrático.

De fato, a Carta de 1824 conferia a chefia do Executivo ao chefe de Estado, que era o imperador (v. art. 102). E este sempre a exerceu. Claramente, de 1822 a 1831. *De jure*, durante a regência, de 1831 a 1841. Intermitentemente de 1841 a 1889, pois a permanência dos gabinetes sempre dependeu da boa vontade do imperador. Todavia, em 1847 foi criada a presidência do Conselho, ganhando aparência dualista o nosso Executivo.

De 1889 a 1961, não há dúvida ter sido monocrático o Executivo, sob as Constituições de 1891, 1934, 1937 e 1946. A Emenda n. 4 a esta última, contudo, estabeleceu o regime parlamentarista com Executivo dualista. Sob seu império, que não foi longo — de 2 de setembro de 1961 a 23 de janeiro de 1963, quando se promulgou a Emenda n. 6 que a revogou —, no fundo o Executivo permaneceu monocrático, já que a preponderância do Presidente da República em todos os negócios públicos era insofismável.

De janeiro de 1963 em diante desapareceu qualquer dúvida.

11. OS PODERES DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

No Direito vigente, art. 84 da Constituição, é o Presidente da República o chefe do governo e o chefe de Estado.

Como chefe de Estado, cabem-lhe tarefas de:

- 1) representação do Estado nas relações internacionais (p. ex., art. 84, VII, VIII etc.);
- 2) constituinte de outros poderes do Estado (v. g., art. 84, XIV e XVI etc.).

Como chefe do governo, incumbem-lhe tarefas de:

- 1) orientação política global (v. g., art. 84, I, IV, V etc.);
- 2) chefia da administração, em geral (p. ex., art. 84, II, XXV etc.);
- 3) guardião da segurança nacional (v. g., art. 84, IX, X, XIII, XIX etc.);
- 4) defensor do interesse público, em geral (p. ex., art. 84, III, XI etc.).

Claro está que a distribuição acima não é uma separação, ou classificação rigorosa, já que em mais de uma tarefa se devem combinar as cogitações a longo prazo do chefe de Estado com as de dirigente do governo.

12. A ELEIÇÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

As Constituições de 1891, 1934 e 1946 previram a eleição do Presidente pelo sufrágio popular, direto, majoritário, num só turno. Apenas, por exceção, é que, em 1891 e em 1934, foram eleitos os presidentes pelo Congresso, bem como em 1964, após a deposição de João Goulart.

Depois da Revolução de 1964, todas as eleições presidenciais até 1990 se fizeram de modo indireto. É verdade que a Emenda n. 9 à Constituição de 1946 chegou a prever eleição direta, reclamando a maioria absoluta para a vitória num primeiro turno de votação. Caso contrário, novo turno se realizaria, ao qual somente poderiam concorrer os dois candidatos mais votados no primeiro.

Estas disposições não foram jamais aplicadas, porém, em razão do Ato Institucional n. 2, que previu a eleição presidencial pelo Congresso Nacional.

A Constituição de 1967 atribuía a eleição do Presidente a um Colégio Eleitoral, em sessão pública e por votação nominal (art. 74), até a Emenda n. 25/85.

Esta Emenda estabeleceu a eleição direta, “por sufrágio universal e voto direto e secreto”.

É a solução da atual Constituição. Esta exige a maioria absoluta para esta eleição. Caso ela não ocorra numa primeira votação, haverá outra a que só poderão concorrer os dois candidatos mais votados. Nesse caso, bastará para a eleição a maioria simples.

13. REELEIÇÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

A Emenda Constitucional n. 16, de 4 de junho de 1997, rompeu com a tradição republicana brasileira e admitiu a reeleição dos chefes do Executivo, portanto, do Presidente da República, para um “único período subsequente”. Assim, o Presidente da República há de exercer o mandato por oito anos contínuos, caso tenha êxito na eleição que ocorrerá ao final do seu primeiro período de mandato. É a solução do direito norte-americano desde a Emenda n. 22.

14. O MANDATO PRESIDENCIAL

A duração do mandato presidencial tem variado na História brasileira. Sob a Constituição de 1891, era de quatro anos, assim como sob a de 1934. Passou a seis sob a de 1937. A Constituição de 1946 a fixou em cinco anos. A Lei Magna de 1967, na sua redação primitiva, estabeleceu essa duração em quatro anos. A Emenda n. 1/69 estabeleceu o período de cinco anos. Por sua vez, a Emenda n. 8/77 voltou a fixá-lo em seis.

A Constituição atual fixava em cinco anos a duração do mandato presidencial. A Emenda de revisão n. 5/94 a reduziu para quatro anos. Hoje está admitida a reeleição por força da Emenda Constitucional n. 16/97.

15. REQUISITOS PARA A PRESIDÊNCIA

Para que alguém possa ser eleito para a presidência, mister se faz que preencha os seguintes requisitos:

- 1º) ser brasileiro nato;
- 2º) estar no gozo dos direitos políticos;
- 3º) ter mais de trinta e cinco anos;
- 4º) não ser inelegível.

16. VACÂNCIA DA PRESIDÊNCIA

Torna-se vaga a presidência:

- 1º) por morte;
- 2º) por incapacidade absoluta (jurídica) do seu titular;
- 3º) pela perda de qualquer dos requisitos acima ou pela verificação da inexistência dos mesmos à época da eleição;
- 4º) pela decisão que condenar o Presidente nos processos por crime

comum ou de responsabilidade;

5º) pela ausência do País por mais de quinze dias, sem permissão do Congresso;

6º) por não haver, salvo força maior, dentro de dez dias da data fixada para a posse, assumido o cargo;

7º) por renúncia.

Aplicam-se à vice-presidência os mesmos casos de vacância.

Observe-se que a verificação dessa vacância compete ao Congresso, salvo, evidentemente, no caso de condenação em processo. Essa verificação, todavia, não é um ato puramente político. É suscetível, pois, de controle judiciário, na medida em que ferir direitos individuais.

17. IMPEDIMENTOS DO PRESIDENTE

Sem ter perdido o cargo, sem que este, pois, esteja vago, pode o Presidente estar afastado, ou como diz a Constituição “impedido” de exercer a presidência. Esse afastamento ocorre quando o Presidente se licencia — caso em que é voluntário — ou quando involuntariamente não pode exercê-lo, por doença grave, por aprisionamento pelo inimigo, por sequestro etc., e, sobretudo, quando é suspenso de suas funções em razão de processo contra ele movido.

18. A SUCESSÃO E A SUBSTITUIÇÃO DO PRESIDENTE

Em caso de vacância da presidência, sucede ao Presidente definitivamente o Vice-Presidente. No caso de impedimentos, também é o vice quem substitui o Presidente. Não havendo vice, não querendo este ou não podendo assumir o cargo, nele será investido o presidente da Câmara e, no impedimento deste, o presidente do Senado, que se estiver impedido será substituído pelo presidente do Supremo Tribunal Federal.

Note-se, porém, que o exercício da presidência por essas três últimas autoridades é sempre provisório e até eleição de novos presidente e vice, se vagos. É substituição, não sucessão.

Se ocorrer a vacância da presidência, nos últimos dois anos do mandato, haverá eleição indireta pelo Congresso para Presidente e Vice (art. 81,§ 1º). De qualquer modo os eleitos completarão, apenas, o mandato dos antecessores.

19. A VICE-PRESIDÊNCIA

O que se disse do modo de eleição, da duração do mandato e dos requisitos de elegibilidade para a presidência aplica-se à vice-presidência. Aliás, não há, propriamente falando, eleição para Vice-Presidente, uma vez que a escolha deste depende exclusivamente da eleição do Presidente de que foi inscrito candidato a suplente.

Na tradição do Direito brasileiro, o vice era o presidente do Senado. Depois do parlamentarismo de 61/63, deixou de o ser. A Constituição de 1967, porém, atribuiu-lhe a presidência do Congresso, na sua redação inicialmente vigente. A Emenda n. 1 retirou-lhe essa presidência. Em contrapartida, veio permitir que lei complementar lhe desse atribuições e que o Presidente da República o incumbisse de missões especiais, como está na atual (art. 79, parágrafo único).

A existência de um vice-presidente da República costuma ser criticada por autores que o consideram figura dispensável quando não perigosa para a paz e a ordem pública. De fato, não faltam

exemplos de vice-presidentes que se deixaram enredar em conspiratas contra o Presidente. Por outro lado, a substituição provisória do Presidente poderia ser feita, sem maiores dificuldades, pelo presidente da Câmara, do Senado ou do Supremo Tribunal, como sucede, estando vaga a vice-presidência.

20. OS REQUISITOS PARA O MINISTÉRIO

Os ministros são em nosso regime meros auxiliares do Presidente, que os pode livremente nomear ou demitir.

A nomeação, porém, só pode recair em pessoas que preencham os seguintes requisitos:

- 1º) ser brasileiro;
- 2º) estar no gozo dos direitos políticos;
- 3º) ter mais de vinte e um anos.

21. FUNÇÕES DO MINISTRO

Cabem aos ministros, de acordo com o art. 87 da Constituição, entre outras, as seguintes tarefas: referendar os atos presidenciais, expedir instruções para a boa execução das leis, decretos e regulamentos etc. Incumbe-lhes também, sob pena de crime de responsabilidade, a obrigação de comparecer ao Congresso sempre que para tanto convocados (embora possam lá comparecer espontaneamente também). Devem, outrossim, apresentar ao Presidente relatório anual dos trabalhos realizados em seu ministério.

A principal das funções do ministro, contudo, é a de dirigir a seção do mecanismo administrativo que lhe houver sido confiada, ou seja, como se lê no art. 87, parágrafo único, I, da Constituição, “exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência”. Cada ministro, portanto, é a cabeça de um dos grandes blocos em que se divide a administração pública.

22. ÓRGÃOS DE APOIO AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Conta hoje o Presidente da República com dois órgãos superiores de consulta. O Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, ambos com composição e competência definidas na Lei Maior, e cuja organização e funcionamento foram deixados para serem regulados pela lei ordinária.

23. CONSELHO DA REPÚBLICA

Compete ao Conselho da República pronunciar-se sobre: I — intervenção federal, estado de defesa, estado de sítio; e II — questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas. Essa atribuição é definida de forma vaga e abrangente, de modo a possibilitar o pronunciamento do Conselho sobre qualquer assunto que se queira ligado ao tema descrito.

A composição do Conselho da República abriga autoridades públicas, membros do Congresso e representantes da sociedade como um todo. Com efeito, integram-no o Vice-Presidente da República, o Presidente e líderes da maioria e da minoria da Câmara, bem como os do Senado Federal, o Ministro da Justiça e seis cidadãos. Estes, escolhidos pelo Presidente da República (dois), eleitos pela Câmara (dois) e pelo Senado (dois), deverão ser brasileiros natos e ter mais de trinta e cinco anos de idade. Cumprirão mandato único de três anos.

A critério do Presidente da República outros ministros poderão ser convidados a participar de reuniões do Conselho, se a matéria a ser ventilada for pertinente aos respectivos Ministérios.

24. CONSELHO DE DEFESA NACIONAL

A Constituição anterior previa o Conselho de Segurança Nacional, órgão destinado a assessorar o Presidente da República nas questões relativas à segurança nacional.

A nova Constituição criou, em seu lugar, o Conselho de Defesa Nacional, mudando a tônica da preocupação do Direito anterior, que era a “segurança” nos moldes da doutrina criada pela Escola Superior de Guerra, para “defesa”, preocupação do Direito atual.

Suas atribuições definidas no § 1º do art. 91 são as de opinar em matérias ligadas à defesa do território nacional, tais como: declaração de guerra, celebração da paz, decretação de estado de sítio, de defesa e intervenção federal, uso efetivo de áreas indispensáveis à segurança do território nacional, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo etc.

Compõem o Conselho de Defesa Nacional o Vice-Presidente da República, os presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e os Ministros da Justiça, da Defesa, das Relações Exteriores e do Planejamento, bem como os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

Capítulo 24

A ADMINISTRAÇÃO CIVIL

SUMÁRIO: 1. Conceito. 2. Carreira ou derrubada? 3. Burocracia. 4. Tecnocracia. 5. O estatuto do servidor público. 6. A carreira. 7. Estabilidade e vitaliciedade. 8. A aposentadoria. 9. A responsabilidade por danos. 10. Princípios administrativos.

1. CONCEITO

A administração civil — como se viu há pouco (v. n. 1 do Cap. 23) é aquela seção do Executivo, de caráter subordinado, hierarquizado e não militarizado, que prepara, acompanha a execução ou executa por si leis e outras resoluções políticas, que não toma.

O seu caráter subordinado a distingue do governo propriamente dito. Este é que decide politicamente, escolhendo fins e meios. Estes fins e meios são os dados de onde parte o trabalho da administração. Sem dúvida, esta, por seus serviços técnicos, colabora no preparo e formulação das diretrizes políticas. Essas diretrizes são obrigatórias, não porque as assessorias assim entenderam, mas porque um órgão com poder decisório o quis e destarte as encampou.

Toda administração é hierarquizada, na medida em que se estrutura em quadros, com esferas de competência subordinada a chefias em pirâmide, que culminam na autoridade política do ministro, esta mesma subordinada, via de regra, à do chefe do governo.

Essa hierarquia não é, porém, militarizada. É, contudo, submetida a uma disciplina rigorosa, embora menos do que a militar. De fato, o funcionário, o servidor da administração, tem deveres

especiais de sigilo, de imparcialidade política, que lhe restringiam, até a Constituição anterior, a liberdade de opinião e lhe recusavam direitos como o de greve e o de sindicalização.

2. CARREIRA OU DERRUBADA?

Hoje em dia a administração civil é estruturada como uma carreira, o que traz para seus membros as vantagens de promoções garantidas, com melhoria de remuneração, a par de estabilidade. Nem sempre foi assim. Mesmo pondo-se de parte o feudalismo, durante séculos a entrada e as promoções no corpo de funcionários dependeram exclusivamente da boa ou má vontade dos governantes, sem que houvesse qualquer segurança para os servidores caídos em desgraça.

A democracia, com eleições periódicas e substituições frequentes dos governantes, numa primeira fase, até piorou a situação, dando ensejo ao triunfo do *spoil's system* (sistema dos despojos). Cada mudança de governo, particularmente quando este passava para o partido adversário, acarretava a “derrubada” dos servidores nomeados pelo anterior e a distribuição dos lugares entre os apaniguados do novo, como pagamento pelos serviços eleitorais prestados (distribuição de lugares que seriam os “despojos” apropriados pelo vencedor).

Tal sistema gerava inconvenientes graves, quais a instabilidade administrativa, as interrupções no serviço, a descontinuidade nas tarefas, e não podia ser mantido no *Welfare State*, cujo funcionamento implica a existência de um corpo administrativo capaz, especializado e treinado, à altura de suas múltiplas tarefas. Se de modo geral foi abandonado, não mais se demitindo os admitidos pelo governo anterior, continua a praxe de premiar os correligionários à custa da administração pública.

3. BUROCRACIA

A posição peculiar da administração na vida nacional faz dela derivarem dois perigos: a burocracia e a tecnocracia.

Por burocracia designa-se aqui não a própria administração como se faz às vezes, mas aquele vício do servidor público que se manifesta no seu exagerado formalismo, na recusa de assumir responsabilidade, no maquinal e rotineiro desempenho de suas tarefas, na lentidão em cumpri-las. Daí resulta o emperramento do serviço com prejuízo e irritação do público, a que responde o desprezo mal-humorado do funcionário. E desse emperramento resulta a multiplicação do número de servidores para descongestioná-lo, com o que sofrem os cofres públicos e, portanto, o contribuinte, o povo.

Os males da burocracia são universais e até hoje não se encontrou fórmula eficaz para curá-los. Faltando à administração como um todo o acicate do lucro e a ameaça da falência que obrigam o particular a reagir contra o esclerosamento, garantido o funcionário pela estabilidade e pela promoção por antiguidade, nem há mesmo muita procura de solução, solução que deve vir ou da própria administração ou do político que, chegando ao governo, muda de ótica, frequentemente.

4. TECNOCRACIA

Se se pode dizer que a burocracia seja um mal por levar a administração a fazer menos do que deve, a tecnocracia é um mal por exagero.

É tarefa da administração, que a exerce por meio de órgãos especializados, o preparo das decisões políticas, seja das que vai o governo tomar, seja das que há de propor ao Legislativo. Essa tarefa, na medida em que o Estado se intromete em questões econômicas, sociais e militares delicadas, é de crucial importância. Por outro lado o caráter técnico das discussões que envolve o seu desempenho

coloca o governante, em geral despreparado, à mercê do especialista. Quando este impõe sua vontade, instala-se a tecnocracia. Ou seja, o deslocamento das decisões políticas para as mãos de técnicos politicamente irresponsáveis.

Ninguém de bom senso vai desmerecer a contribuição que os técnicos e planejadores podem dar para a satisfação do interesse público. É preciso notar, porém, que a eles falta muita vez o sentido do conjunto e o calor humano para a apreciação do custo social das medidas que propõem. Ademais, sendo funcionários não respondem perante o povo por seus enganos, pelo que tendem a desprezar os seus reclamos. Sem dúvida, o bem do povo, sobretudo a longo termo, não se confunde em geral com os seus anseios presentes; o governo democrático, todavia, não se pode fazer contra o povo.

5. O ESTATUTO DO SERVIDOR PÚBLICO

A Constituição vigente fixa as regras fundamentais do estatuto do servidor público nas seções I e II do capítulo dedicado à Administração Pública. Fiel à tendência de despolitizar a administração, estrutura-o numa carreira.

6. A CARREIRA

O sistema de carreira tem dois pontos básicos: o do ingresso e o das promoções.

O problema do ingresso é de difícil solução na medida em que perdura a praxe referida no número 2 deste capítulo.

Nenhum governo renuncia a nomear seus protegidos, não hesitando em contornar não raro a lei, se lei exista que o vede ou dificulte, para fazê-lo. Ora, a seleção por méritos eleitorais não é critério para admissão num serviço cada vez mais especializado.

Assim, embora perdure a livre escolha e portanto a livre nomeação para certos postos na administração, cada vez mais se estende a prática dos “concursos” para a entrada para o serviço público, particularmente os de títulos e provas. Esta é a regra geral no Direito vigente.

Para a promoção, também a luta é contra o filhotismo. O mérito devia ser o único critério para as promoções, idealmente falando. Todavia, não há critério para aferi-lo que não possa ser desvirtuado pelos chefes e pelos políticos no governo. Em vista disso, usa-se também o critério da antiguidade, cujos defeitos são óbvios. Na combinação dos dois é que normalmente está o mal menor.

Consagra de pronto a Lei Magna o princípio do igual acesso aos cargos públicos, para todos os brasileiros, respeitadas, evidentemente, as restrições quanto a habilitação e sexo, sempre que indispensáveis. Tal acesso é hoje aberto aos estrangeiros, mas na forma de lei.

Fixa também o princípio segundo o qual o ingresso no serviço público só se fará mediante concurso de provas, ou de provas e títulos. A Constituição vigente faz exceção para os cargos em comissão que podem ser livremente preenchidos mas cujos titulares podem perdê-los *ad nutum*. Ou seja, podem igualmente ser livremente exonerados.

7. ESTABILIDADE E VITALICIEDADE

Deteve-se particularmente a Constituição em vigor, como a anterior, no que se refere à estabilidade do funcionário. Na verdade, prevê ela duas formas de garantia do cargo para o funcionário: uma, que chama de “estabilidade”, outra, que batiza solenemente de “vitaliciedade”.

O servidor estável, ao contrário do vitalício, pode perder o cargo em processo administrativo,

desde que tenha tido possibilidade de ampla defesa. Claro está poder perdê-lo, também, em virtude de sentença judicial transitada em julgado (CF, art. 41, § 1º, I e II). Se o cargo foi extinto, permanecerá ele em disponibilidade remunerada até seu aproveitamento em cargo compatível com o que ocupava, quanto a funções e remuneração.

A Emenda n. 19/98 permite, todavia, que os servidores estáveis sejam dispensados se o seu desempenho, em avaliação periódica, for insuficiente (Constituição, art. 41, III). No procedimento de avaliação, entretanto, gozarão os servidores de ampla defesa, devendo ser estabelecidas garantias especiais em favor dos que exerçam “atividades exclusivas de Estado”, como diplomacia, justiça etc.

A aquisição da estabilidade se dá ao completar o funcionário admitido por concurso três anos de serviço.

A vitaliciedade, garantia concedida pela Constituição anterior apenas aos membros dos Tribunais de Contas e aos magistrados em geral, foi estendida aos membros do Ministério Público. A vitaliciedade é a garantia de não poder perder o cargo, a não ser por sentença judiciária. No caso de servidor estável a perda do cargo pode ser, já se disse, decidida pela própria Administração, enquanto no caso de vitalício só pode ocorrer ao final de processo judicial. Claro está que o servidor estável que houver sido demitido em processo administrativo poderá discutir judicialmente essa punição, com base no art. 5º, XXXV, da Constituição. Mas o fará como demitido e depois de demitido, situação em que não mais auferirá remuneração.

8. A APOSENTADORIA

A aposentadoria consiste no direito de perceber uma remuneração — os chamados “proventos” — depois de o servidor deixar de prestar trabalho para ente público. Tal matéria foi profundamente alterada pela Emenda Constitucional n. 20/98, cujas linhas gerais são adiante expostas. As Emendas n. 41/2003 e 47/2005 introduziram alterações nessa matéria.

De três espécies são as causas da aposentadoria.

Uma é não poder o servidor exercer mais a atividade por invalidez permanente, derivada de doença ou acidente. Tem a aposentadoria neste caso um caráter declaratório, pois presume uma situação de fato que impede o trabalho.

Outra, por se considerar que, atingida determinada idade (setenta anos), não deve mais fazê-lo. Nesta hipótese, é ela dita compulsória, porque afasta o servidor da atividade, possa ou não exercê-la.

A terceira é o reconhecimento de já haver o servidor contribuído com tempo suficiente de trabalho para o ente público. Esta somente ocorre a pedido do interessado; é, pois, voluntária. No direito em vigor, é necessário haver cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, e, mais, que tenha contribuído para o sistema previdenciário por certo tempo — na regra geral, trinta e cinco anos para o homem, trinta para a mulher —, bem como contar com uma idade mínima — na regra geral, sessenta anos, se homem, cinquenta e cinco, se mulher. Tal tempo de contribuição coincidirá normalmente com o tempo de serviço, pois, logo que ingressa no serviço público, o servidor passa a contribuir para o sistema previdenciário.

Faculta-se, além disso, ao homem, quando completa sessenta e cinco anos de idade, e à mulher, ao atingir os sessenta, a aposentadoria mesmo quando não contar com o tempo de contribuição apontado acima. Seus proventos não serão, porém, integrais, mas proporcionais, a exemplo do que ocorre, em regra, nos casos de aposentadoria por invalidez.

Na verdade, os proventos da aposentadoria são, no regime constitucional em vigor, em princípio, proporcionais ao tempo de contribuição — ao contrário do que parece sugerir o texto —, sendo integrais apenas para o aposentado que houver contribuído por trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher e em alguns casos específicos de aposentadoria por invalidez.

Foram reduzidos em cinco anos tanto o tempo de contribuição como a idade exigidos para a aposentadoria dos professores que contem tempo de efetivo exercício de funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio apenas (como se não fosse também desgastante o ensino superior...).

Permite também que lei complementar estabeleça requisitos especiais para os que tenham exercido atividades que “prejudiquem a saúde ou a integridade física”.

Note-se que, nos dois primeiros casos — invalidez e setenta anos de idade —, a aposentadoria tem um caráter tipicamente previdenciário. Visa a pôr o servidor ao abrigo da necessidade, dando-lhe condições materiais de vida. No último — o de haver o servidor preenchido os requisitos apontados quanto ao tempo de contribuição e à idade —, não deixa de tê-lo, embora com esse elemento se combine outro, que é de certa forma um prêmio por um longo período de dedicação e esforço.

9. A RESPONSABILIDADE POR DANOS

Preocupou-se ainda a Constituição vigente com o problema da responsabilidade do funcionário pelos danos que cause a terceiro no exercício de suas tarefas. Adotou a esse propósito o princípio da responsabilidade objetiva do Estado e das pessoas jurídicas de Direito Privado prestadoras de serviço público, atribuindo-lhes a obrigação de ressarcir os danos sem indagar da culpa ou dolo do agente. Todavia, o Estado e as demais pessoas mencionadas recuperarão o que pagarem se o funcionário se houve com dolo ou culpa.

10. PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS

Exige a Lei Magna que a Administração Pública direta, indireta e fundacional pautar sua atividade com obediência, dentre outros, dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. A estes a Emenda Constitucional n. 19/98 acrescentou mais um, o de eficiência.

A doutrina de Direito Administrativo tem sido unânime na afirmação de que tais princípios são inerentes à atividade administrativa, vedando aos agentes do Poder Público qualquer atuação deles divorciada.

Não é, portanto, novidade que se exija da Administração Pública o respeito aos princípios considerados fundamentais. Todavia, ganharam, agora, dignidade constitucional.

Note-se, porém, que os princípios acima apontados são imperativos para o administrador público. Poderá este sofrer sanções se não os cumprir, bem como ver anulados os seus atos que não obedecerem a eles.

Ora, isto alarga o controle do Judiciário sobre a administração, o que é positivo. Gera, entretanto, certa insegurança, porque, sendo os princípios normas generalíssimas, é no fundo o juiz que determina, no caso concreto, o seu alcance. Ou seja, é este que vai especificar, no caso concreto, o seu conteúdo. Assim, já não basta ao administrador cumprir formalmente a lei.

Capítulo 25

AS FORÇAS ARMADAS

SUMÁRIO: 1. Conceituação. 2. A finalidade constitucional das Forças Armadas. 3. A posição constitucional das Forças Armadas. 4. A tentação militar. 5. Hierarquia militar. 6. O princípio da nação em armas. 7. Garantias do militar. 8. O militar em cargos civis. 9. As forças policiais estaduais.

LEITURA COMPLEMENTAR: João Camilo de Oliveira Tôres, As Forças Armadas como força política, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 20:39; José Britto da Silveira et al., Elementos militares do poder nacional, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 21:209.

1. CONCEITUAÇÃO

As Forças Armadas são um corpo especial da administração, oposto ao setor civil por sua militarização, isto é, pelo enquadramento hierarquizado de seus membros em unidades armadas e preparadas para combate. Embora um setor da administração civil — a polícia — partilhe com elas o uso de armas, com estas não se confunde em virtude da sua complexa estrutura de unidades, do caráter de sua hierarquia e de sua disciplina. De fato, as unidades das Forças Armadas são células que se combinam em tecidos e estes em corpos sempre destinados ao combate enquanto os núcleos policiais são simples e não se agrupam noutros círculos armados. Por outro lado, a hierarquia e a disciplina militares são mais rígidas que as impostas à polícia.

Sem dúvida, há o problema das polícias militares, mas estas não se distinguem das Forças Armadas senão por sua finalidade, que é basicamente a manutenção da ordem interna, enquanto mais ampla é a das Forças Armadas.

As Forças Armadas são as detentoras, portanto, da força pública; nelas se deposita a coação irresistível com que deve contar o Estado para manter a unidade de seu povo e de seu território sob uma ordem pacífica e justa. Em razão das modernas técnicas e do estágio atual das invenções bélicas, distribuem-se elas em Exército — as forças de terra — Marinha — as do mar — e Aeronáutica — as do ar.

2. A FINALIDADE CONSTITUCIONAL DAS FORÇAS ARMADAS

Destinam-se as Forças Armadas em primeiro lugar a garantir a segurança externa do Estado. Essa é a sua finalidade precípua, a razão por que em suas mãos se concentram armas e artifícios cujo emprego só se justifica contra quem possa contar com semelhantes, de ordinário forças armadas estrangeiras.

A defesa externa, porém, não é a única finalidade sua. Secundariamente, visam elas a assegurar a ordem interna. Secundariamente porque essa tarefa cabe em primeiro lugar às polícias, seja a civil, seja as militares, se existirem. Se, porém, como sucede na guerra civil, os meios destas não bastarem para restabelecer-se a ordem, cabe às Forças Armadas impô-la.

É essa lição que exprime solenemente a Constituição: “As Forças Armadas, ...destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem” (art. 142).

3. A POSIÇÃO CONSTITUCIONAL DAS FORÇAS ARMADAS

Na ordem constitucional, o caráter subordinado e executivo das Forças Armadas não faz dúvida. Todavia, no mundo contemporâneo, sua importância é capital.

A universalização das relações internacionais com a integração de todos os Estados do globo num sistema interdependente, de onde decorre a possibilidade de guerras verdadeiramente mundiais, e o grau de desenvolvimento bélico que permite a destruição universal, o princípio da nação em armas, tudo isso faz da segurança e da defesa de cada Estado matéria de gravidade ímpar. A cada passo arrisca-se tudo. Daí decorre a influência crescente e poderosa dos comandos militares na formulação da política nacional.

Essa influência não passaria de outra pressão tecnocrática, se os militares não contassem com meios especiais de coação. E de coação normalmente irresistível. Ademais, em assuntos delicados como este, a discordância pode parecer traição.

4. A TENTAÇÃO MILITAR

Afora essa primeira que é universal, outra tentação sofrem as Forças Armadas nos países em crise econômico-político-social. E, nestes, a situação é mais grave porque em geral neles falta ao poder civil tradição e prestígio que o imponham contra movimentos militares.

Essa tentação é servir-se da força para pôr termo à agitação. Esse emprego da força, como é óbvio, pode ter dois sentidos, e opostos: pode ter cunho conservador e, mantendo a ordem, resguardar o *status quo*; pode ter cunho revolucionário e substituir a ordem abalada por uma nova ordem de caráter progressista. Os exemplos de intervenção militar com este ou aquele sentido são muitos e patentes; ambos envolvem a politização das Forças Armadas.

Ora, a politização das Forças Armadas é sempre perigosa porque os militares são homens e, portanto, sofrem dos defeitos humanos. Transformadas em partido, evidentemente as Forças Armadas falseiam o jogo democrático porque não podem perder, ou melhor, não perdem nunca. Divididas em facções, a desordem que geram é a pior possível, uma vez que não há bombeiros para apagar o fogo que bombeiros atearam e atizam...

Por outro lado, casos há em que as Forças Armadas não podem, nem devem assistir, impassíveis, à luta política. Se pertencem a um Estado democrático, não podem tolerar que um grupo ou um partido antidemocrático use do poder para destruir a democracia. Nem podem aceitar que, falhando ou corrompendo-se a liderança civil — como às vezes sucede — seja o país atirado ao caos ou à decadência. Claro está que essa intervenção não é sem riscos. Sempre há, por exemplo, o perigo de que a ambição de chefes veja necessidade onde não existe.

5. HIERARQUIA MILITAR

Hierarquizadas, as Forças Armadas formam uma pirâmide quanto ao comando, regendo cada escalão superior todos os inferiores, como é necessário para as manobras e operações bélicas. Acima, porém, do supremo comandante militar está sempre o chefe do poder do Estado em que as forças se integram, isto é, o Executivo.

O chefe do governo é assim o chefe das Forças Armadas, um dos setores da administração, em sentido geral. Como, porém, as Forças Armadas são a garantia da unidade e da independência nacionais, onde a chefia do Estado é distinta da do governo, àquela sempre se dá, além de sua chefia

honorária, influência na sua disposição e afetação.

Mais forte é a interferência do chefe de Estado sobre as Forças Armadas nos países onde perdura a lembrança do rei-guerreiro, a conduzir as tropas a vitórias e conquistas.

No Brasil, porém, a Carta de 1824 já colocava em mãos do chefe do governo e não do Estado o comando das forças de terra e mar (v. art. 102). Sob a República, evidentemente às ordens do Presidente é que foram e são colocadas as Forças Armadas (art. 142).

6. O PRINCÍPIO DA NAÇÃO EM ARMAS

Praticamente em todos os países do globo é hoje adotado o princípio da nação em armas, pelo qual todo nacional pode ser chamado a integrar as fileiras das Forças Armadas, em tempo de paz, para receber a instrução militar básica, depois do que passa para a reserva, em tempo de guerra, para cumprir as missões necessárias. Assim, nas Forças Armadas contemporâneas, há um núcleo profissional: os oficiais superiores, e na paz, a maioria dos oficiais inferiores e suboficiais, que enquadra e conduz os nacionais em armas.

Entre nós, a Constituição adota o serviço militar obrigatório (art. 143), exceto para as mulheres e os eclesiásticos, que poderão ser submetidos a encargos especiais (art. 143, § 2º). Admite a chamada “escusa de consciência”, a recusa de servir às Forças Armadas comprovadamente em virtude de convicção filosófica ou religiosa, determinando obrigação alternativa atribuída pelas Forças Armadas (art. 143, § 1º).

7. GARANTIAS DO MILITAR

Dedicando sua vida ao serviço do Estado, o militar profissional não pode deixar de ter certas garantias, como as outorgadas ao funcionalismo civil. Goza de aposentadoria; e os oficiais, no Brasil, da estabilidade em termos de verdadeira vitaliciedade. De fato, o oficial só perde o posto e a patente em virtude de decisão do Tribunal Militar que o considere indigno do oficialato ou com ele incompatível.

8. O MILITAR EM CARGOS CIVIS

Admite a Constituição brasileira que o militar exerça cargo público temporário, não eletivo, sem passar para a reserva (art. 142, § 3º, III). Se o cargo for permanente (art. 142, § 3º, II), passará para a reserva. Aliás, para dificultar a contaminação dos quartéis pela política partidária, também determina a Constituição a passagem para a reserva, do militar candidato que contar menos de dez anos de serviço ativo, pois, se contar com mais, a passagem será temporária. Se eleito, porém, será também transferido para a inatividade (art. 14, § 8º, I e II).

9. AS FORÇAS POLICIAIS ESTADUAIS

A Constituição veda que os Estados da federação possuam exército, marinha e aeronáutica — o que traria graves riscos para a segurança nacional — ao sublinhar o caráter nacional das Forças Armadas (art. 142). Todavia, admite que os Estados constituam polícias militarizadas para sua segurança interna e manutenção de ordem em seu território (art. 144, § 5º). Essas polícias, contudo, são reserva das Forças Armadas, podendo ser mobilizadas, como mais de uma vez o foram no passado, para servir à União, em tempo de guerra externa ou civil.

Seção 4^a

O PODER JUDICIÁRIO

SUMÁRIO: 1. Considerações gerais.

LEITURA COMPLEMENTAR: Pedro Lessa, *Do Poder Judiciário*, São Paulo, 1910; meu artigo O Poder Judiciário na Constituição de 1988 — judicialização da política e politização da justiça, *RDA*, 198:1.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Terceiro dos poderes do Estado na lição clássica, o Judiciário costuma ser considerado o menos importante deles. Ele o é, sem dúvida, se o encararmos do ponto de vista político, se o estudarmos em relação à orientação global da atividade do Estado. Sua importância, entretanto, avulta, se o olharmos sob o prisma das liberdades e direitos individuais, de que é a primeira e principal garantia.

Nesta Seção, no Capítulo 26 serão estudadas a missão, a natureza e as garantias do Judiciário, para no Capítulo 27 examinar-se a sua organização no Brasil, no Capítulo 28, estudar-se a cúpula do Poder Judiciário de acordo com a Emenda n. 45/2004, completando-se o estudo do Judiciário no Capítulo 29, com a análise das funções essenciais à Justiça, desempenhadas por instituições que não integram o Judiciário, mas são imprescindíveis à realização da justiça.

Capítulo 26

O PODER JUDICIÁRIO E SUAS GARANTIAS

SUMÁRIO: 1. A natureza da “função jurisdicional”. 2. Ampliação da função jurisdicional. 3. A independência do Judiciário. 4. As condições e os efeitos da decisão judicial. 5. A matéria sujeita ao Judiciário. 6. As garantias do Judiciário. 7. A independência dos tribunais. 8. O Estatuto dos Magistrados — ingresso e promoção na carreira. 9. Garantias dos magistrados: as da sua independência. 10. As da sua imparcialidade. 11. Algumas normas da Emenda n. 45/2004.

1. A NATUREZA DA “FUNÇÃO JURISDICIONAL”

O Estado contemporâneo ocidental juridicamente se estrutura em obediência ao princípio da separação, ou divisão de poderes, conforme a sua versão clássica, dada por Montesquieu n’*O espírito das leis*. Distinguem-se nele, pois, três poderes, ou seja, três grupos de órgãos independentes, cada qual exercendo, com relativa exclusividade, uma função distinta por sua natureza das demais.

O último desses três poderes seria o Judiciário, incumbido da função jurisdicional. Ou seja, da

função de fazer justiça.

No Estado moderno, porém, fazer justiça se confunde com aplicar a lei, daí a conceituação tradicional segundo a qual o Judiciário “tem por missão aplicar contenciosamente a lei a casos particulares” (Pedro Lessa). Esse conceito já sugere quão problemática é a colocação do Judiciário como executante de uma função, por sua natureza distinta, do Estado. De fato, em sua substância essa função é *executar* ou *aplicar* a lei a casos particulares. Ora, executar a lei é objeto de outra função, a *executiva*, ou *administrativa*. Destarte, limitando-se a pôr em prática, em casos concretos, decisões anteriores de caráter geral, o Judiciário exerceria uma função por sua natureza igual à desempenhada pela administração. É essa a lição de inúmeros autores modernos, como Burdeau, Wade etc., que podem abonar-se em Locke, o qual não a considerava função à parte, mas sim enquadrava o Judiciário no Poder Executivo.

Na verdade, é difícil compreender como se pode sustentar que, em sua substância, seja a “função jurisdicional” distinta da “função executiva”. O único ponto por que uma pode ser distinguida da outra é o *modo* de execução da lei a que obedece o Judiciário.

De fato, este aplica a lei *contenciosamente*, isto é, com a possibilidade rigorosamente garantida de debate entre as partes interessadas no litígio. Abre-se perante ele sempre a possibilidade do contraditório, permitindo-se a todos os que serão afetados pela decisão fazerem ouvir suas razões, seus argumentos. E em razão dessa garantia que faz presumir o acerto da decisão, ela goza de uma forma de imutabilidade — a coisa julgada.

O *modo*, porém, não muda a *natureza* da função. Embora o faça contenciosamente, o juiz sempre está executando, dando aplicação à lei.

É verdade que a moderna doutrina processual caracteriza a função jurisdicional como uma “atividade de substituição”, estando aí o ponto de distinção entre jurisdição e administração. Mas por conta própria ou por conta de outrem, o poder público sempre estará executando, dando cumprimento à lei.

Note-se que a função jurisdicional pode ser atribuída, como o é na Constituição brasileira, a outro Poder que não o Judiciário, eventualmente. (O mesmo se dá com a função legislativa que não é toda entregue ao Legislativo como com a função executiva que não fica inteira em mãos do Executivo.) Assim, o Legislativo também a exerce: ele julga no *impeachment*; e o Executivo pode criar tribunais administrativos que aplicam a lei a particulares, inclusive por meio de um procedimento contencioso: são os *contenciosos administrativos*, como os tribunais de impostos e taxas (embora em nosso direito não possam jamais decidir em última instância, ficando sempre sujeitos ao crivo do Judiciário). A função jurisdicional, porém, é típica do Judiciário, de modo que, na sua forma típica, pode ser chamada de *função judiciária*. Esta — a *jurisdição judicial* — é que decide com força definitiva, fazendo coisa julgada.

2. AMPLIAÇÃO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Logo acima foi exposta a doutrina clássica, segundo a qual o juiz está adstrito à aplicação da lei. Deve-se observar, porém, que a Constituição de 1988 operou um alargamento da função jurisdicional, que passa a apreciar não só o estrito cumprimento da lei, mas também alguns outros princípios, além do de legalidade. São estes, conforme o art. 37, *caput*, os da “impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Reitere-se que são estas normas generalíssimas, cujo conteúdo, no caso concreto, é o juiz que

específica. Disso resulta poder ele considerar irregular um ato, embora este atenda formalmente à legalidade. Assim, abre-se para o Judiciário a possibilidade de um controle de legitimidade. Não há dúvida que tal controle é, por um lado, positivo, já que aumenta o rigor na fiscalização do interesse público, mas acarreta sempre um grau maior de insegurança. Sim, porque é mais fácil avaliar o que é legal do que o que é legítimo, visto que este último critério envolve certo grau de subjetividade.

O controle de legitimidade tem como instrumentos principais a ação civil pública — de que o Ministério Público pode fazer largo uso, como tem feito — e a ação popular.

3. A INDEPENDÊNCIA DO JUDICIÁRIO

Rejeitar-se a afirmação que o Judiciário desempenha uma função de natureza distinta das demais do Estado, ou reconhecer que ela, por sua natureza, se confunde com a administrativa, não significa que se recomende sua fusão com o Executivo nem que não se enxerguem as vantagens de sua separação.

A independência do Judiciário é uma necessidade da liberdade individual. Que existam no Estado órgãos independentes que possam aplicar a lei, inclusive contra o governo e contra a administração, é condição indispensável para a liberdade e a proteção dos direitos humanos. E não foi outra a razão que levou a doutrina clássica a erigir o Judiciário em poder do Estado, com função própria. De fato, que argumento melhor havia para retirar das mãos do governo a administração da Justiça do que afirmá-la, por natureza distinta da a ele confiada?

Cientificamente falando, não existe uma função jurisdicional diversa da administrativa. Politicamente falando, para a salvaguarda da liberdade individual, a aplicação da lei em casos concretos deve ser sempre confiada em última análise a órgãos independentes e imparciais, não subordinados ao governo, mas somente ao direito impessoal.

4. AS CONDIÇÕES E OS EFEITOS DA DECISÃO JUDICIAL

A manifestação do Judiciário pressupõe litígio que lhe seja trazido à apreciação, litígio esse que resolverá depois de tomar a manifestação de todos os interessados e cuja solução não alcançará mais do que os interessados que foram ouvidos no pleito. Quer dizer: 1) A manifestação do Judiciário só se dá se ele for chamado a fazê-lo por quem tenha nisso interesse. Não se pronunciará ele, jamais, *ex officio*. 2) Esse pronunciamento ocorrerá depois de um processo contraditório em que cada interessado apresentará as suas razões (o aspecto contencioso estritamente falando). 3) Os efeitos da decisão final serão *inter partes*, não irão além do caso que tiver sido julgado.

Hoje, é certo, para prevenir a multiplicação de questões que girem em torno de um mesmo ponto de direito, admite-se que o Judiciário fixe de antemão entendimento a respeito deste. Igualmente se aceita que algumas decisões tenham efeitos *erga omnes*, ou sejam estendidos a todos os casos legais. Isto é excepcional, todavia. No Brasil, está presente no controle de constitucionalidade e transpõe da súmula vinculante.

5. A MATÉRIA SUJEITA AO JUDICIÁRIO

É, por outro lado, princípio tradicionalmente firmado, ao menos no Direito brasileiro, que não há matéria, por sua natureza, vedada ao Judiciário. Em outras palavras, sempre que houver lesão a direitos particulares cabe recurso ao Judiciário: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, dispõe o art. 5º, XXXV, da Constituição.

E as “questões políticas”?

Chamam-se questões políticas aquelas que a Constituição confere à apreciação discricionária do Executivo ou do Legislativo. São questões de apreciação de conveniência, das quais a lei só marca o contorno, deixando em sua substância a decisão ao órgão político, que se guiará por “considerações de *interesse* comum, de *utilidade* pública, de *necessidade* ou *vantagem* nacional requerendo uma autoridade mais ou menos arbitrária, subordinada à competência dos que a exercem aos freios da opinião popular e da moral social, mas autônoma numa vasta órbita de ação, dentro na qual a discricção do legislador e do administrador se move livremente” (Rui Barbosa, *apud* Pontes de Miranda, *Comentários*, cit., v. 4, p. 222).

Com referência às “questões políticas” enquanto a questão se limitar à ponderação de conveniência ou utilidade, estão elas fora do campo do Judiciário. Desde que, porém, haja lesão de direito subjetivo, pode delas conhecer o Judiciário.

Assim, para a doutrina clássica, o cerne das “questões políticas”, ou seja, a apreciação de oportunidade ou conveniência, ficaria fora do alcance do Judiciário. Entretanto, hoje se admite que a Justiça possa, mesmo nesse caso, corrigir a decisão administrativa se houver violação aos princípios consagrados no *caput* do art. 37, como moralidade, eficiência etc.

6. AS GARANTIAS DO JUDICIÁRIO

A necessidade de salvaguardar, para a defesa da liberdade individual, a independência e a imparcialidade dos juízes é que, segundo se demonstrou acima (v. n. 3 deste capítulo), inspira a distinção entre o Judiciário e o Executivo. Avulta, por isso, no estudo daquele poder, tudo o que versa a propósito das garantias dessa imparcialidade e dessa independência, que são condições do bom desempenho de suas tarefas.

Dessas garantias, entretanto, algumas concernem ao poder como um todo, resguardando-o de interferência de outros poderes; outras dizem respeito aos órgãos desse poder, particularmente aos juízes.

As garantias referentes ao Judiciário como um poder visam essencialmente a estabelecer sua independência, quer em relação ao Executivo, quer em relação ao Legislativo. Se essa independência relativamente ao desempenho de sua missão específica é absoluta, ela não o é quanto à sua composição e à sua organização, as quais sempre dependem do Legislativo ou do Executivo, ou de ambos.

Em todo Judiciário, há um órgão mais alto, um tribunal supremo. Cabe a este, em última instância, dizer o que é o direito, suprimindo eventuais discrepâncias entre seus órgãos inferiores, corrigindo erros e reparando injustiças. É característico desse poder, todavia, que esse órgão supremo propriamente não comande os inferiores, cuja independência é, aliás, garantida também contra ele.

7. A INDEPENDÊNCIA DOS TRIBUNAIS

O Direito brasileiro reconhece a todos os tribunais, como garantia de sua independência, o poder de eleger seus presidentes e demais titulares de sua direção (CF, art. 96, I, *a*), organizar seus serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos (art. 96, I, *b* e *c*), conceder licença e férias a seus membros, aos juízes e serventuários (art. 96, I, *f*). Dá-lhes também a iniciativa dos projetos concernentes à criação ou à extinção de cargos e à fixação dos respectivos vencimentos (art. 96, II). Por fim, aos tribunais a Constituição reconhece ainda a independência de estruturação interna. Podem eles elaborar seus regimentos internos e nestes estabelecer a competência de suas câmaras ou turmas isoladas, grupos,

seções ou outros órgãos, com funções jurisdicionais ou administrativas (art. 96, I, *a*).

8. O ESTATUTO DOS MAGISTRADOS — INGRESSO E PROMOÇÃO NA CARREIRA

O art. 93 da Constituição prevê uma lei complementar que há de editar o Estatuto da Magistratura, lei esta de iniciativa do Supremo Tribunal Federal.

O conteúdo desse Estatuto é, todavia, preordenado nesse mesmo art. 93, que sofreu alterações em razão da Emenda Constitucional n. 45/2004, particularmente quanto ao ingresso e à promoção na carreira, normas que são gerais, aplicando-se, salvo regra diferencial expressa, a todos os ramos do Judiciário e tanto à justiça federal como à estadual.

Para o ingresso (art. 93, I) são requisitos: 1) ser bacharel em direito; e 2) ter, ao menos, três anos de atividade jurídica.

A seleção dos ingressantes será feita: 1) num concurso público de provas e títulos; 2) concurso este realizado perante Comissão Examinadora, com a participação, em todas as fases, da Ordem dos Advogados do Brasil.

Os aprovados nesse concurso, na estrita ordem de sua classificação, é que podem ingressar na carreira, pela nomeação para o cargo de juiz substituto.

A promoção será feita de entrância para entrância, alternadamente por antiguidade e por merecimento (art. 93, II).

Na promoção por antiguidade, poderá o tribunal recusar a do mais antigo, mas pelo voto, fundamentado, de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa àquele que vier a ser recusado, nos termos de procedimento que o regimento do tribunal fixará (art. 93, II, *d*, na redação da Emenda Constitucional n. 45/2004). Vê-se da nova redação a intenção clara de eliminar a discricção do tribunal quanto à recusa e torná-la uma espécie de sanção punitiva. Certamente é por isso que a alínea *e*, acrescentada ao mesmo dispositivo constitucional, proíbe a promoção de juiz que, “injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão”.

A promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na entrância, bem como integrar a primeira quinta parte da lista de antiguidade, se não houver quem, tendo os requisitos, aceite o lugar vago (art. 93, II, *b*). Tal merecimento será aferido pelo “desempenho”, pela “produtividade e presteza no exercício da jurisdição” e também pela “frequência e aproveitamento” em cursos de aperfeiçoamento.

9. GARANTIAS DOS MAGISTRADOS: AS DA SUA INDEPENDÊNCIA

As garantias do todo, o Judiciário, completam-se pelas garantias asseguradas a seus membros, os magistrados.

Estas, em geral, distribuem-se em dois grupos: o das que se destinam a resguardar a sua independência, contra pressões inclusive de outros órgãos judiciários, e o das que visam a dar-lhes condições de imparcialidade, protegendo-os contra si próprios.

No Direito brasileiro, esses dois grupos de garantias estão presentes e bem ele as estruturou, pelo que pode ser dado de exemplo.

As garantias constitucionais da independência dos magistrados são a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos (art. 95).

A vitaliciedade consiste em não poder perder o magistrado o cargo senão por força de decisão judiciária (art. 95, I). Esta não impede que o juiz possa ser posto em disponibilidade pelo voto da maioria absoluta dos membros efetivos do tribunal, ocorrendo interesse público (art. 93, VIII).

A inamovibilidade consiste em não poder o magistrado ser removido de sua sede de atividades para outra sem o seu prévio consentimento (art. 95, II). Em caso de interesse público, reconhecido pelo voto da maioria absoluta dos membros efetivos do tribunal, dispensa-se, todavia, essa anuência (art. 93, VIII).

Enfim, a irredutibilidade de subsídios, que repercute na isenção de todos os impostos, salvo os gerais e os extraordinários (art. 95, III). Impostos gerais, ensina Maximiliano, são os que “abrangem todas as classes sem distinguir senão entre os proventos” (*Comentários à Constituição de 1891*, n. 167). Para não haver dúvida sobre o alcance da disposição, a Emenda n. 9 à Constituição de 1946 tinha acrescentado ao art. 95, II, remissão ao art. 15, IV, que conferia à União os impostos sobre “renda e proventos de qualquer natureza”. Essa remissão fora, no texto de 1967, suprimida. A Emenda n. 1, de 1969, a restaurou, para não haver qualquer hesitação. A Constituição de 1988 foi além, obrigando ao pagamento do imposto de renda sobre a totalidade do subsídio.

10. AS DA SUA IMPARCIALIDADE

As garantias constitucionais da imparcialidade dos magistrados são as que os proíbem de dedicar-se a certas atividades, porque os comprometeriam com determinados interesses.

Na Constituição atual, o art. 95, parágrafo único, veda a todo membro do Judiciário, sob pena de perda de cargo: 1) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; 2) receber, sob qualquer pretexto, percentagens ou custas nas causas sujeitas a seu despacho e julgamento; 3) “exercer atividade político-partidária”.

A Emenda n. 45/2004 acrescentou uma outra proibição, qual seja, a de receber auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas (art. 95, parágrafo único, IV).

A violação de qualquer destas proibições enseja a perda do cargo após processo perante o Tribunal a que estiver vinculado o magistrado.

Registre-se que a Emenda n. 45/2004 criou um impedimento para o ex-juiz, visto que este não poderá exercer a advocacia no juízo ou tribunal a que pertenceu pelo prazo de três anos de sua aposentadoria ou exoneração (art. 95, parágrafo único, V).

11. ALGUMAS NORMAS DA EMENDA N. 45/2004

Cumprе assinalar que essa Emenda, a chamada Reforma do Judiciário, edita algumas prescrições que merecem ser salientadas.

Assim, previu um direito fundamental à “razoável duração do processo” bem como aos meios que garantam a “celeridade de sua tramitação” (art. 5º, LXXVIII). Isto repercute em normas sobre justiça itinerante (art. 125, § 7º), proibição de férias coletivas, previsão de juizes em plantão (art. 93, XII) etc.

Reforçou o princípio da publicidade dos julgamentos e da motivação das decisões (art. 93, IX), bem como o estendeu às decisões administrativas, inclusive disciplinares, dos tribunais (art. 93, X).

Ao manter a possibilidade de instituição de órgão especial que faça as vezes de tribunal pleno no

exercício das atribuições jurisdicionais e administrativas deste, quando esse tribunal tiver mais de vinte e cinco membros, inovou quanto à sua composição. Em lugar de fazê-lo composto exclusivamente por antiguidade, estabeleceu que a metade de seus membros viria da antiguidade, mas a outra metade por eleição, pelo tribunal pleno (art. 93, XI).

Capítulo 27

A ORGANIZAÇÃO DA JUSTIÇA BRASILEIRA

SUMÁRIO: 1. A complexidade da organização judiciária brasileira. 2. A justiça federal e a estadual. 3. A justiça comum e a especializada. 4. Justiça especial e justiça de exceção. 5. Divisão da justiça federal. 6. Justiça federal comum: competência. 7. Justiça federal: órgãos. 8. Justiça federal: os juízos singulares. 9. Justiça federal: os Tribunais Regionais Federais. 10. Justiça militar: competência. 11. Justiça militar: órgãos. 12. As garantias dos juízes militares. 13. A justiça eleitoral: origem. 14. Competência. 15. Órgãos em geral. 16. Juízes eleitorais. 17. Juntas eleitorais. 18. Tribunais Regionais: composição. 19. Competência dos Tribunais Regionais. 20. Tribunal Superior Eleitoral: competência. 21. Composição do Tribunal Superior Eleitoral. 22. Justiça do trabalho: observações gerais. 23. Competência da justiça do trabalho. 24. Órgãos da justiça do trabalho. 25. Justiça estadual.

1. A COMPLEXIDADE DA ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA BRASILEIRA

Nos Estados federais a organização da justiça costuma obedecer a uma duplicação, coexistindo órgãos federais, cuja competência se limita aos litígios concernentes ao direito da União, e órgãos estaduais, voltados para a aplicação das leis dos Estados federados, sempre sob a égide de um órgão supremo, necessariamente federal. Acentuando a complexidade dessa organização, contemporaneamente se usa prever organismos destinados a aplicar a legislação sobre matéria determinada.

Por ambas as razões expostas, a organização da justiça brasileira é complexa, o que dificulta a exposição. De fato, essa organização só pode ser exposta se encarada, sucessiva e completamente, de dois pontos de partida diversos: o do caráter federal ou estadual de seus órgãos e o da competência constitucionalmente reservada.

Observe-se, todavia, que toda organização judiciária brasileira tem em sua cúpula o Supremo Tribunal Federal, cuja importância faz com que se lhe abra um capítulo à parte (o 29).

2. A JUSTIÇA FEDERAL E A ESTADUAL

Ao estruturar o Judiciário, prevê o Direito brasileiro, lado a lado, uma justiça federal e justiças estaduais. Ou, em outras palavras, órgãos judiciários integrados no ordenamento federal e órgãos judiciários integrados no ordenamento dos Estados federados. Todos esses órgãos, e seus ocupantes, gozam, porém, das mesmas garantias.

3. A JUSTIÇA COMUM E A ESPECIALIZADA

Quanto à competência, o Direito pátrio prevê justiças especializadas e justiça comum. Por justiças especializadas devem-se entender aquelas cuja competência não compreende mais que matéria determinada, com exclusividade. A justiça comum, a seu turno, compreende tudo aquilo que não houver sido expressamente reservado a outra organização.

A Constituição de 1946 identificava justiça comum com justiça estadual e justiça especializada com justiça federal. De fato, esta só compreendia a aplicação da lei em questões de natureza especificada, abrindo, contudo, uma exceção, pois admitia se organizasse justiça militar estadual (art. 124, XII).

O Ato Institucional n. 2 e a Emenda n. 16 à Constituição de 1946, porém, criaram uma organização judiciária federal de competência não especificada por natureza, embora especializada, o que foi conservado pela nova Constituição. Desde então, há no Brasil uma justiça federal comum, no sentido de que sua competência não é especificada por natureza mas é especializada por se limitar às matérias enumeradas na lei, taxativamente.

Note-se, por outra, que, se a justiça federal somente aplica o direito por sua origem federal, a justiça estadual tanto aplica a lei federal quanto a estadual. Aliás, mais frequentemente aquela do que esta.

4. JUSTIÇA ESPECIAL E JUSTIÇA DE EXCEÇÃO

Não se deve, todavia, confundir justiça especial, que a Constituição prevê, com justiça de exceção (tribunais de exceção ou foros privilegiados).

Como ensina José Frederico Marques, a primeira se distingue da segunda porque é permanente e orgânica, enquanto a outra é transitória e arbitrária, porque a primeira aplica a lei a todos os casos de determinada matéria enquanto a segunda é *ad hoc*, isto é, para cada caso concreto (*Da competência*, cit., p. 133).

Assim, a justiça especial é o conjunto dos ramos do Judiciário habilitados a aplicar contenciosamente a lei a casos de determinada matéria.

5. DIVISÃO DA JUSTIÇA FEDERAL

A justiça federal divide-se em:

- 1) justiça federal comum;
- 2) justiça militar federal;
- 3) justiça eleitoral;
- 4) justiça do trabalho.

6. JUSTIÇA FEDERAL COMUM: COMPETÊNCIA

A justiça federal comum, como se assinalou acima, foi estabelecida pelo Ato n. 2 e complementada a sua estruturação pela Emenda n. 16 à Constituição de 1946. Na verdade, em vez de criada foi ela restabelecida por esses textos. De fato, existira ela de 1891 a 1937, quando a Constituição do Estado Novo a suprimiu.

A supressão buscava simplificar a máquina judiciária, eliminando-se o inconveniente da multiplicidade de órgãos judiciários. A experiência, porém, não deu bons resultados, ressentindo-se

com isso a administração da justiça e os cofres estaduais. Viram-se os Estados forçados a manter juízes e cartórios, em número sempre crescente, para atender a casos de interesse exclusivo da União, como as questões referentes a seus tributos, o que pesava bastante. Por outro lado, a importância e o valor de inúmeras questões de interesse federal não encontravam juízes à altura em certas justiças estaduais, ou, ao menos, não recebiam o tratamento merecido em algumas regiões do País.

A competência da justiça federal vem discriminada no art. 109 da nova Constituição. Está, em primeiro lugar, fixada *ratione personae*; cabem à justiça federal as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à justiça eleitoral e à justiça do trabalho; as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País; os mandados de segurança e *habeas data* contra autoridade federal, salvo os de competência dos tribunais federais; os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, ressalvada a competência das justiças militar e eleitoral; os *habeas corpus*, quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição etc.

Ratione materiae, discriminam-se a favor da justiça federal: os crimes internacionais; os crimes contra a organização do trabalho; os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da justiça militar etc.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 acrescentou ao art. 109 da Lei Magna, que enumera as causas de sua competência, um inciso V-A. Deste, combinado com o § 5º também por ela acrescentado, resulta que violações graves de direitos humanos podem passar para a competência da justiça federal de primeira instância. São condições dessa passagem: 1) ser grave a violação de direito fundamental; 2) tal direito decorrer de tratado (de direitos humanos) de que seja parte o Brasil; 3) seja essa passagem requerida pelo Procurador-Geral da República ao Superior Tribunal de Justiça; e 4) seja deferida por este, que apreciará, como é evidente, a gravidade da violação nessa ocasião.

7. JUSTIÇA FEDERAL: ÓRGÃOS

São órgãos da justiça federal comum, juízes singulares e os Tribunais Regionais Federais. Foi suprimido o Tribunal Federal de Recursos, passando parte de sua competência aos Tribunais Regionais Federais e parte ao Superior Tribunal de Justiça. De modo geral, pertencem aos juízes singulares a decisão em primeira instância das causas de competência dessa justiça, aos Tribunais Regionais Federais o julgamento dos recursos. Possuem estes, porém, uma competência originária, prevista no art. 108 da Constituição de 1988, especialmente: 1) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal; 2) os *habeas corpus*, quando a autoridade coatora for juiz federal; 3) os conflitos de jurisdição entre juízes federais vinculados ao Tribunal; 4) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região.

8. JUSTIÇA FEDERAL: OS JUÍZOS SINGULARES

Aplicam-se aos juízes federais para ingresso na carreira e promoções as normas constantes do art. 93 da Constituição (com a redação da EC n. 45/2004), afora outras que poderão ser editadas pelo Estatuto da Magistratura.

9. JUSTIÇA FEDERAL: OS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

Os Tribunais Regionais Federais compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros, com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público Federal com mais de dez anos de carreira; os demais, mediante promoção de juízes federais com mais de cinco anos de exercício, metade por antiguidade e metade por merecimento. No caso do quinto constitucional, a nomeação será precedida de elaboração de lista tríplice pelo Tribunal, na forma da lei, após o recebimento de lista sêxtupla dos órgãos de representação das respectivas classes (art. 94).

10. JUSTIÇA MILITAR: COMPETÊNCIA

A justiça militar é o primeiro dos ramos especializados da justiça federal. Sua existência é uma imposição da natureza peculiar da disciplina e da vida militares, que não permitem sejam os militares julgados pelos tribunais comuns, segundo a lei comum. De fato, deles se exige mais que ao homem comum; a eles, em operação, se deve permitir o que não se concederia a nenhum civil.

Sua competência natural concerne aos crimes militares. A caracterização do crime militar é controvertida. Dois são os elementos básicos para tanto: o “pessoal” e o “material”, isto é, a qualidade militar do autor do crime e o fato de o ato ou a omissão incriminados estarem capitulados na lei penal militar. A esses critérios objetivos ordinariamente se acrescenta um elemento subjetivo, o “intuito”, ou seja, haver sido o ato, ou a omissão, motivado por razão de serviço, de disciplina ou por interesse de classe. Assim, para haver crime militar haveria necessidade de se conjugarem todos esses elementos, ou, em certos casos, um objetivo e um subjetivo.

11. JUSTIÇA MILITAR: ÓRGÃOS

São órgãos da justiça militar: o Superior Tribunal Militar, outros tribunais e juízes que a lei criar.

O Superior Tribunal Militar compõe-se de quinze juízes vitalícios, denominados ministros, de nomeação do Presidente da República, embora a escolha deva ser aprovada pelo Senado. Desses quinze, quatro deverão ser escolhidos entre os generais da ativa do Exército, três entre os oficiais-generais da ativa da Marinha, três entre os oficiais-generais da ativa da Aeronáutica e cinco entre civis maiores de trinta e cinco anos. Destes cinco, três serão escolhidos entre advogados de notório saber jurídico e reputação ilibada, com mais de dez anos de prática forense, e dois o serão entre os auditores e membros do Ministério Público da justiça militar.

12. AS GARANTIAS DOS JUÍZES MILITARES

Gozam os juízes pertencentes ao ramo militar da justiça federal das garantias que a Constituição concede a todo julgador. Todavia, quanto à inamovibilidade, deve-se fazer uma ressalva: esta não os exime de acompanhar as forças em operação junto às quais tenham de servir. Esta ressalva é, aliás, perfeitamente razoável, dado o caráter da justiça militar.

13. A JUSTIÇA ELEITORAL: ORIGEM

A justiça eleitoral é outro dos ramos da justiça federal. Não a criou entre nós a Constituição de

1946, mas esta apenas a restaurou, criada que fora pelo Código Eleitoral de 1932 e consagrada pela Lei Fundamental de 1934.

Seu estabelecimento, pelo qual lutaram muitos, dentre os quais se sobressai Assis Brasil, se inspirou no Tribunal Eleitoral tcheco de 1920, onde aponta o gênio de Kelsen. Marca a sua criação a instauração da honestidade eleitoral, ainda que incompleta, entre nós.

De fato, veio a justiça eleitoral realizar em bases imparciais e honestas, seja o alistamento dos eleitores, seja a apuração das eleições e a diplomação dos eleitos. Não se pode dizer que sua simples criação “fez vestal da Messalina”, mas indiscutivelmente deu seriedade aos pleitos. Não acabou com a fraude, mas a reprimiu, reduzindo-a bastante.

14. COMPETÊNCIA

A competência da Justiça Eleitoral gira, como é óbvio, em torno das eleições, que prepara, realiza e apura. O art. 121 da Constituição expressa que lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais. Embora a competência da Justiça Eleitoral deva ser fixada pela referida Lei Complementar, a Constituição já antecipa algumas. Assim, no art. 17, o registro do estatuto do partido político é atribuído ao Tribunal Superior Eleitoral; nesse mesmo artigo, é dada à Justiça Eleitoral a tomada de contas dos partidos etc. Ademais, obviamente lhe compete a gestão do processo eleitoral, desde o alistamento dos eleitores ao registro dos candidatos, a tomada e apuração dos votos, com a diplomação dos eleitos etc., bem como todo o contencioso que decorra destas funções.

15. ÓRGÃOS EM GERAL

São órgãos da justiça eleitoral: juízes de direito, juntas eleitorais, os Tribunais Regionais Eleitorais e o Tribunal Superior Eleitoral.

16. JUÍZES ELEITORAIS

Embora o art. 121 deixe para a lei complementar dispor, as funções de juízes eleitorais são exercidas pelos juízes da justiça estadual comum atualmente.

17. JUNTAS ELEITORAIS

As Juntas Eleitorais, sobre cuja organização e funcionamento disporá lei complementar, hoje cuidam essencialmente da apuração das eleições. São presididas por um Juiz de Direito.

18. TRIBUNAIS REGIONAIS: COMPOSIÇÃO

Os Tribunais Regionais são previstos, de acordo com o art. 120 da Constituição, em todos os Estados e no Distrito Federal, e funcionarão nas capitais.

Compor-se-ão esses tribunais de sete juízes, sendo dois escolhidos pelo Tribunal de Justiça dentre os seus membros (desembargadores), dois escolhidos pelo Tribunal de Justiça dentre os juízes de direito, um juiz escolhido pelo Tribunal Regional Federal e, enfim, dois nomeados pelo Presidente da República dentre seis advogados de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados pelo Tribunal de Justiça.

Os membros dos Tribunais Regionais são nomeados para um período de dois anos, não podendo,

consecutivamente, ser reconduzidos senão para um novo período de dois anos.

Os Tribunais Regionais serão sempre presididos por um dos desembargadores, eleito pelo próprio Tribunal Regional, cabendo ao outro a vice-presidência.

19. COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS REGIONAIS

A competência dos Tribunais Regionais é fixada por lei complementar.

De modo geral, cabe-lhes apreciar os recursos contra decisões dos juízes singulares e das juntas. De suas decisões não cabem recursos, exceto se: 1) forem proferidas contra expressa disposição da Constituição; 2) ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais; 3) versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diploma nas eleições federais ou estaduais; 4) denegarem *habeas corpus* ou mandado de segurança, *habeas data* ou mandado de injunção; 5) anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais.

20. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL: COMPETÊNCIA

O Tribunal Superior é a cúpula da justiça eleitoral. Por isso, em princípio, suas decisões são irrecorríveis, salvo as que forem contrárias à Constituição, as que denegarem *habeas corpus* ou mandado de segurança, contra as quais caberá recurso para o Supremo. Saliente-se, de passagem, que sua competência é fixada pela lei complementar.

21. COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Compõe-se o Tribunal Superior Eleitoral de sete membros, sendo três ministros do Supremo escolhidos por este, dois pelo Superior Tribunal de Justiça, dentre os que o compõem, e dois nomeados pelo Presidente da República dentre seis advogados de notável saber jurídico e ilibada reputação, indicados pelo Supremo Tribunal Federal.

Será ele presidido por um dos ministros do Supremo, que eleger, cabendo a outro a vice-presidência. O corregedor eleitoral será eleito pelo Superior Tribunal Eleitoral, dentre os ministros do Superior Tribunal de Justiça.

22. JUSTIÇA DO TRABALHO: OBSERVAÇÕES GERAIS

A justiça do trabalho é, como a eleitoral, uma criação da Segunda Re-pública. Todavia, somente a Constituição de 1946 a libertou do Poder Executivo que, de início, designava os elementos que iriam presidir seus núcleos de base.

Sua criação atende à necessidade de se prever em bases flexíveis e menos formais uma justiça voltada para as relações do trabalho, ao mesmo tempo que à de organizá-la, levando-se em conta os conhecimentos especializados indispensáveis para a sua administração.

Adotou-se nessa justiça, ao ser instituída, o princípio da representação, em base paritária de empregados e empregadores em todos os seus juízos e tribunais. Isto se manteve na redação primitiva da Constituição de 1988. Entretanto, a Emenda n. 24/99 suprimiu essa representação de empregados e empregadores.

Caracteriza-se ainda essa justiça pela ênfase na conciliação, considerada mais favorável à paz social, do que a rígida decisão das lides nos termos de procedência ou improcedência dos pedidos.

23. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A Emenda Constitucional n. 45/2004 revisou em profundidade a competência da justiça do trabalho. Basicamente — é certo — continua esta voltada para as controvérsias decorrentes de relações do trabalho. E isto tanto individuais quanto coletivas.

Entretanto, ela estendeu, no tocante às primeiras — os litígios individuais —, a competência da justiça do trabalho a campos que lhe eram vedados. Hoje, a justiça do trabalho processa e julga não só as ações oriundas de litígios decorrentes de relações de trabalho, nisto incluídas as que tenham como parte os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 114, I), mas outras como as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes de relações do trabalho, ações relativas ao direito de greve etc., como resulta de outros incisos do art. 114.

Quanto a dissídios coletivos, continuam estes na competência da justiça do trabalho. Sendo eles, entretanto, de natureza econômica, deverá ser dada preferência à negociação coletiva e, frustrada esta, à arbitragem. É o que infere dos §§ 1º e 2º do art. 114. Deste ainda resulta que apenas de comum acordo ou recusada por uma das partes a negociação coletiva e a arbitragem é que poderão eles ser objeto de dissídio coletivo.

No concernente, todavia, ao exercício do direito de greve, em atividade essencial, com possibilidade de lesão ao interesse público, poderá o Ministério Público do Trabalho promover dissídio coletivo (art. 114, § 3º).

Note-se que a nova redação do art. 114, § 2º, não menciona caber à justiça do trabalho estabelecer, como dizia o texto revogado, “normas e condições” de trabalho. Assim, o poder normativo da justiça do trabalho perde a sua base explícita e fica à mercê da legislação ordinária.

24. ÓRGÃOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A justiça do trabalho é encimada pelo Tribunal Superior do Trabalho, compreendendo como órgãos de segunda instância os Tribunais Regionais do Trabalho e de primeira instância, os juízes do trabalho (art. 111). Relembre-se que, desde a Emenda n. 24/99, foi suprimido o chamado vocalato, quer dizer, a inclusão nos órgãos da justiça do trabalho de juízes “classistas”, representando em paridade empregadores e empregados.

O Tribunal Superior do Trabalho tem a sua composição fixada pelo (novo) art. 111-A. Integram-no vinte e sete ministros, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação pela maioria absoluta do Senado Federal, todos brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade.

Desses ministros, um quinto será escolhido dentre advogados, com mais de dez anos de atividade profissional, e membros do Ministério Público do Trabalho, com mais de dez anos de efetivo exercício (art. 111-A), escolhidos em listas tríplexes formadas pelo próprio Tribunal, com base nas indicações recebidas, como deflui do art. 94 da Constituição. Quanto aos demais, serão todos oriundos dos Tribunais Regionais do Trabalho, indicados, porém, pelo próprio Tribunal Superior do Trabalho.

Os Tribunais Regionais do Trabalho serão compostos, nos termos da nova redação do art. 115 da Constituição, por sete juízes no mínimo (portanto, é a lei que lhes fixará o número). Tais juízes serão nomeados pelo Presidente da República, todos brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade.

Deles, um quinto será de advogados e membros do Ministério Público do Trabalho e os demais mediante promoção de juízes de primeira instância, alternadamente por antiguidade e merecimento, nos termos do art. 94 da Constituição.

25. JUSTIÇA ESTADUAL

À justiça estadual cabe processar e julgar todos os litígios que não forem atribuídos pela Constituição à justiça federal, nos seus diversos ramos. É por isso que se costuma designá-la por justiça comum, pois ordinariamente é ela a competente para dirimir as questões litigiosas.

A justiça estadual é organizada, como é da lógica, pelo direito estadual. Entretanto, a Constituição Federal preordena pontos fundamentais de sua organização no art. 125. Igualmente a ela se aplicam, no que couber, as normas editadas nos arts. 93 a 99 da Lei Magna brasileira.

Disso decorre que o Estatuto da Magistratura estadual é o fixado pela lei complementar prevista no art. 93 da Constituição, o que significa observância das regras sobre ingresso e promoção na carreira; das normas sobre garantias (art. 95); sobre composição e organização dos tribunais (arts. 94 e 95) etc.

A Constituição Federal, ademais, permite seja instituída no plano estadual uma justiça militar (art. 125, § 3º), encimada por um Tribunal de Justiça Militar. Quanto a tribunais de alçada, todavia, vale apontar que a Emenda n. 45/2004 os extinguiu (art. 4º).

Manda ademais a Carta Magna instalem os Estados justiça itinerante (art. 125, § 7º, com a redação dada pela Emenda n. 45/2004), bem como prevejam varas especializadas em questões agrárias (art. 126, com a redação dada pela Emenda n. 45/2004).

Admite a Constituição Federal que a Lei Magna estadual institua representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º).

Capítulo 28

A CÚPULA DO PODER JUDICIÁRIO

SUMÁRIO: 1. A cúpula do Poder Judiciário. 2. O Supremo Tribunal Federal. 2.1. Composição. 2.2. Função essencial. 2.3. O efeito vinculante. 2.4. As súmulas. 2.5. Restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. 2.6. Outras competências. 2.7. O novo papel político do Supremo Tribunal Federal. 3. O Conselho Nacional de Justiça. 3.1. Nota histórica. 3.2. Composição. 3.3. Função essencial. 4. Superior Tribunal de Justiça. 4.1. Nota histórica. 4.2. Composição. 4.3. Competências.

1. A CÚPULA DO PODER JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário, ao contrário do Poder Executivo, cujo chefe é o Presidente da República (art. 76), e do Poder Legislativo, cuja cabeça é a Mesa do Congresso Nacional, presidida pelo Presidente do Senado Federal (art. 57, § 5º), não tem um chefe, nem jamais teve, propriamente, um órgão dirigente.

É certo que, na República, sempre se considerou o Supremo Tribunal Federal como o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro. Isto se reflete no fato de o seu Presidente estar incluído entre os

substitutos do Presidente da República (art. 80). Mais ainda, por ser ele encarregado, o garante da Constituição, e lhe incumbir a decisão em questões de mais elevada importância.

Observe-se, porém, que a instituição do Superior Tribunal de Justiça pela Constituição de 1988 lhe retirou a última palavra quanto à aplicação do direito federal (salvo em matéria de constitucionalidade).

Agora, a Emenda n. 45/2004 instituiu um Conselho Nacional de Justiça, significativamente prevendo-o no inciso I-A do art. 92 (o inc. I menciona exatamente o Supremo Tribunal Federal). Esse Conselho assume a função de órgão de controle do Poder Judiciário que até agora inexistia.

Pode-se dizer, em vista disso, que o Supremo Tribunal Federal tem a preeminência no Poder Judiciário, cabendo-lhe a mais alta das missões jurídicas, isto é, a “guarda da Constituição”, expressão de que usa o art. 102, *caput*, da Lei Magna. Mas não se pode negar que à cúpula do Poder Judiciário pertencam o Conselho Nacional de Justiça, fiscal do Poder Judiciário, e o Superior Tribunal de Justiça, guardião do direito (infraconstitucional) federal.

2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

2.1. Composição

Compõe-se hoje o Supremo Tribunal Federal de onze Ministros.

Esse número tem variado na história. Era de quinze, na Constituição de 1891. A Lei Magna de 1934 o reduziu para onze, no que foi seguida pela de 1946. Na vigência desta, porém, o Ato Institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965, o elevou para dezesseis, o que foi adotado pela Constituição de 1967. O Ato Institucional n. 6, de 1º de fevereiro de 1969, o reduziu de novo para onze, número que conservou a Emenda n. 1/69, e, agora, a Lei Fundamental em vigor.

São requisitos para integrar o Supremo Tribunal Federal: 1) ser brasileiro nato (art. 12, § 3º, IV); 2) ter mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos; 3) ter “notável saber jurídico”; e 4) gozar de ilibada reputação; afora, bem entendido, estar no pleno gozo dos direitos políticos.

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a sua indicação pela maioria absoluta do Senado Federal.

São eles, nos crimes de responsabilidade, processados e julgados pelo Senado Federal (art. 52, II); nos crimes comuns, pelo próprio Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, b).

2.2. Função essencial

Como indica o *caput* do art. 102, a função precípua do Supremo Tribunal Federal é a de guarda da Constituição. Isto inspira a sua competência.

Com efeito, é ele quem exerce o controle concentrado de constitucionalidade, pois lhe cabe processar e julgar originariamente as ações diretas de inconstitucionalidade, declaratórias de constitucionalidade, bem como a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 102, I).

Por outro lado, a ele é dado julgar, em sede de recurso extraordinário, as decisões que contrariarem dispositivo da Constituição, houverem declarado a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou a constitucionalidade, em face da Lei Magna federal, de lei local (estadual) (art. 102, III). Assim, é ele quem diz a última palavra no controle incidental de constitucionalidade.

Note-se que, quanto ao recurso extraordinário, a Emenda n. 45/2004 introduziu uma novidade. Esse recurso poderá ser recusado pela manifestação de dois terços dos membros do Supremo Tribunal

Federal. Trata-se, pois, não de uma arguição de relevância, como houve no passado, mas de uma arguição de irrelevância. Destarte, é presumida — mas a presunção é relativa, *juris tantum* — a relevância da questão suscitada no recurso.

2.3. O efeito vinculante

Assinale-se que a Emenda n. 45/2004 deu eficácia contra todos e efeito vinculante às decisões declaratórias de constitucionalidade ou inconstitucionalidade no controle concentrado (art. 102, § 2º).

O texto anterior dava esse efeito apenas às decisões nas ações declaratórias de constitucionalidade, embora a legislação infraconstitucional (Leis n. 9.868/99, art. 28, parágrafo único, e 9.882/99, art. 10, § 3º) estendesse o efeito vinculante também às declarações de inconstitucionalidade ou constitucionalidade, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas arguições de descumprimento de preceito fundamental. Isto provocou a contestação da legitimidade dessa legislação ordinária, questão que desaparece em face do novo art. 102, § 2º.

2.4. As súmulas

A Emenda n. 45/2004 deu às súmulas de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal *status* de instituto constitucional, por meio do art. 103-A, que foi incluído no texto da Lei Magna.

As súmulas somente caberão em matéria constitucional e não poderão ser adotadas, senão após reiteradas decisões e pelo voto de dois terços dos membros da Casa (art. 103-A, *caput*).

A revisão, ou cancelamento, dessas súmulas poderá ser feita na forma da lei, bem como por meio de ação proposta por aqueles que têm legitimidade ativa na ação direta de inconstitucionalidade (art. 103-A, § 2º).

O objetivo de tais súmulas será “a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas”, a respeito das quais haja, em juízo ou na administração, controvérsia geradora de “grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” (art. 103-A, § 1º). Terão elas efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Judiciário e órgãos da administração direta e indireta, quer federal, quer estadual, quer municipal (ainda art. 103-A, *caput*). O seu descumprimento ensejará reclamação ao Supremo Tribunal Federal, que, se julgá-la procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, determinando que outra seja editada, com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso (art. 103-A, § 3º).

Na verdade, as súmulas, em decorrência da Emenda n. 45/2004, assumem a força de verdadeiras leis de interpretação, correspondendo a atribuição ao Supremo Tribunal Federal a uma função paralegislativa.

2.5. Restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade

Observe-se, todavia, que a Emenda n. 45/2004 não menciona a questão da restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, prevista no art. 27 da Lei n. 9.868/99 e no art. 11 da Lei n. 9.882/99. Esses dispositivos legais permitem, como se sabe, que o Supremo Tribunal Federal, por dois terços de seus membros, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, quer materialmente, quer temporalmente, neste caso fixando o momento a partir do qual tal declaração produzirá efeitos.

Essa previsão legal, cuja constitucionalidade é discutida, não assumiu *status* constitucional, continuando a ser de fundamento meramente legal. É verdade, porém, que a jurisprudência do Supremo

Tribunal Federal corrobora a sua compatibilidade com a Constituição.

2.6. Outras competências

De grande importância são outras ações da competência do Supremo Tribunal Federal. A atribuição delas a esse Tribunal é exatamente reflexo dessa importância.

Assim, cabe a ele processar e julgar, originariamente, a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição (art. 102, § 1º). Também o mandado de injunção, quando a norma a regulamentar for de atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de quaisquer destas duas Casas, dos Tribunais Superiores ou do próprio Supremo Tribunal Federal, bem como do Tribunal de Contas da União (art. 102, I, *q*). Igualmente, processar e julgar nos crimes comuns o Presidente e o Vice-Presidente da República, os membros do Congresso Nacional, os seus próprios membros, o Procurador-Geral da República (art. 102, I, *b*); processar e julgar nos crimes comuns e de responsabilidade os Ministros de Estado, os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica (ressalvada a hipótese do art. 52, I — crimes conexos com os do Presidente da República), os membros dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 102, I, *c*). Os *habeas corpus* quando forem pacientes as autoridades acima mencionadas (art. 102, I, *d*). Outrossim, as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público (art. 102, I, *r*). Etc.

Em grau de recurso, o Supremo Tribunal Federal aprecia as decisões denegatórias de *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança e mandado de injunção decididas em única instância pelos Tribunais Superiores, bem como as decisões em matéria de crime político (art. 102, II, *a* e *b*).

2.7. O novo papel político do Supremo Tribunal Federal

É preciso registrar que o Supremo Tribunal Federal, particularmente na última década, vem assumindo um papel político que não decorre estritamente do texto constitucional. Isto se manifesta, ora ao assumir o papel de legislador, substituindo-se ao Congresso Nacional, ora ao desempenhar o papel de poder constituinte derivado, estabelecendo normas constitucionais que não estavam inscritas na letra da Carta (não cabendo aqui estender-me sobre o assunto, remeto o interessado ao meu artigo “O papel político do Judiciário na ordem constitucional”, publicado na *Revista dos Advogados*, da AASP, número dedicado aos 20 anos da Constituição, ano XXVIII, setembro de 2008).

Na verdade, esse fato insinua uma importante transformação no sistema constitucional brasileiro. Ademais, por um lado, manifesta um certo ativismo — que hoje está presente em todo o Judiciário brasileiro (que bem analisa o Prof. Elival Ramos no livro *Ativismo judicial*, Saraiva, 2010). Por outro, traz um grave risco de politização que fere a imparcialidade sempre necessária à Justiça.

3. O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

3.1. Nota histórica

Inovação controvertida da Emenda n. 45/2004 é a criação de um Conselho Nacional de Justiça. Tal instituição é o fruto de uma luta de alguns anos, promovida pela Ordem dos Advogados do Brasil e por alguns grupos políticos, para o estabelecimento de um controle “externo” do Poder Judiciário.

Este — argumentava-se — não prestava contas a qualquer outro Poder, nem ao povo, enquanto o

Executivo as presta ao Legislativo pelo controle político que este exerce sobre ele, e o Legislativo, ao povo, nas eleições periódicas. Contra isso levantava-se a tese de que a instituição de tal controle violaria a separação dos poderes. Esse argumento implicava a possibilidade de decretação da inconstitucionalidade do ente controlador do Judiciário pelo próprio Judiciário, no desempenho de sua função de guarda da Constituição. De fato, a violação da separação dos poderes seria um atentado contra a “cláusula pétrea” enunciada no art. 60, § 4º, III, da Constituição.

A final, os defensores das teses acima contrapostas chegaram a um acordo. Este, muito trabalhoso, se fez em torno da criação de um ente de controle “externo” composto em sua maioria por magistrados.

3.2. *Composição*

O Conselho Nacional de Justiça, conforme o art. 103-B, introduzido na Constituição pela Emenda n. 45/2004, possui quinze integrantes, dos quais nove pertencem aos quadros da Magistratura. Integram-no: 1) o Presidente do Supremo Tribunal Federal (EC n. 61/2009); 2) um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; 3) um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; 4) um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; 5) um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; 6) um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; 7) um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; 8) um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; 9) um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; 10) um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; 11) um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; 12 e 13) dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; 14 e 15) dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal (art. 103-B, *caput*).

Serão eles nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (art. 103-B, § 2º).

Terão mandato de dois anos, permitida uma recondução (art. 103-B, *caput*).

Será ele presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal (conforme a redação dada pela EC n. 61/2009), que votará em caso de empate (art. 103-B, § 1º).

3.3. *Função essencial*

Segundo o art. 103-B, § 4º, o Conselho se destina ao controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes.

Disto resultam determinadas competências que a Constituição já explicita nos incisos do referido parágrafo, afora as que lhe atribuir o Estatuto da Magistratura.

Dentre as competências já conferidas, destaquem-se: 1) a de rever ou desconstituir ou fixar prazo para tanto, quando em causa a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário (inc. II); 2) conhecer de reclamações contra membros do Poder Judiciário, podendo aplicar-lhes sanções — remoção, disponibilidade, aposentadoria e outras — bem como avocar processos disciplinares contra eles instaurados (inc. III); e 3) representar ao Ministério Público na eventualidade de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade (inc. IV).

Fica bem claro do art. 103-B da Constituição que o Conselho Nacional de Justiça não pode examinar senão atos administrativos, jamais decisões jurisdicionais, e não pode impor senão sanções

administrativas, jamais sanções penais.

Ademais, decorre do art. 102, I, *r*, também trazido pela Emenda n. 45/2004, poderem ser propostas contra o Conselho Nacional de Justiça ações que são da competência originária do Supremo Tribunal Federal. Pode-se disto depreender que as decisões do Conselho Nacional de Justiça poderão ser objeto de ações que visem a sua anulação pela Suprema Corte brasileira.

4. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4.1. Nota histórica

O Superior Tribunal de Justiça é criação da Constituição de 1988. Inspirou-a a intenção de, por um lado, aliviar o Supremo Tribunal Federal de parte de seus encargos, sobretudo os concernentes à guarda do direito federal infraconstitucional, por outro, substituir o Tribunal Federal de Recursos, ao qual convergiam os recursos contra decisões dos Tribunais Regionais Federais.

4.2. Composição

Compõe-se o Superior Tribunal de Justiça de trinta e três membros no mínimo.

Todos serão nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. São requisitos para tal nomeação ser brasileiro, com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Deles, no entanto, um terço será selecionado dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal; e outro terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados pelos respectivos órgãos de classe, em listas sêxtuplas (art. 94 da Constituição).

4.3. Competências

Sendo função essencial desse Tribunal a guarda da lei federal, sua competência mais importante é a de julgar, em recurso especial, as causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, negando-lhes vigência; julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (art. 105, III).

A esta, acrescentam-se outras tendo em vista a subtraí-las dos juízos de primeira instância e mesmo dos tribunais regionais ou estaduais. Assim, por exemplo, a de processar e julgar, nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais; os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de Ministro de Estado ou do próprio Tribunal; os *habeas corpus*, quando o coator ou o paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea *a*, ou quando o coator for Ministro de Estado, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (art. 105, I) etc.

Também a de julgar, em recurso ordinário, os *habeas corpus* decididos em única ou última instância

pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória; os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão; e as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País.

Capítulo 29

FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

SUMÁRIO: 1. Considerações gerais. 2. O Ministério Público: natureza. 3. A defesa da lei. 3.1. O Conselho Nacional do Ministério Público. 4. Ministério Público da União. 5. Ministério Público dos Estados. 6. Advocacia-Geral da União. 7. A advocacia. 8. Defensoria Pública.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

A Constituição vigente passou a considerar como “funções essenciais à Justiça” as exercidas pelo Ministério Público, pelos advogados e pela Defensoria Pública, disciplinando as respectivas atividades em seções próprias integradas no Capítulo IV do Título IV (arts. 127 a 135).

Reconheceu, assim, o legislador constituinte a grande importância para a administração da Justiça da atividade não só do Ministério Público, como também a exercida pelos advogados.

2. O MINISTÉRIO PÚBLICO: NATUREZA

A caracterização da natureza do Ministério Público é controvertida. Afora os que o integram no Executivo, há os que o veem melhor como auxiliar do Judiciário e não faltam os que o consideram um quarto poder...

Que é, porém, o Ministério Público?

O conceito clássico ensina ser ele “órgão incumbido da defesa do interesse geral em que sejam cumpridas as leis”.

Ora, se essa conceituação é correta, como parece ser, ressalta à vista que sua função se insere entre as do Poder Executivo. De fato, a este compete acompanhar a execução da lei e ao Ministério Público zelar pelo cumprimento da lei, reclamando-o ao Judiciário.

Preferiu, no entanto, o constituinte de 1988 caracterizá-lo como exercente de “função essencial à Justiça”, acentuando-lhe a importância, incumbindo-o da “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Em consonância com o que já se observou a propósito da nova feição que na Constituição vigente assume o Judiciário, deve-se apontar que ela redundou na atribuição ao Ministério Público de um papel que vai além do mero controle de legalidade. Torna-o um defensor da legitimidade, entendendo-se por isto ter-se tornado ele, também, um fiscal do cumprimento de certos princípios que concernem ao próprio cerne da ideia de justiça: impessoalidade, moralidade, publicidade etc. Por isso dotou-o a Lei Magna de instrumentos de ação como o inquérito civil e a ação civil pública.

3. A DEFESA DA LEI

Sem dúvida, deve-se reconhecê-lo, foi intenção do constituinte fazer o Ministério Público representar a lei antes de servir aos governantes. Por isso condicionou a entrada para a carreira ao concurso, conferindo-lhe as mesmas garantias atribuídas aos membros do Poder Judiciário: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, nas mesmas condições (art. 128, § 5º, I, *a, b, c*).

Ganhou, portanto, o Ministério Público um estatuto praticamente idêntico ao do Judiciário. As vedações que lhe foram impostas coincidem com as aplicadas aos membros do Poder Judiciário, apenas, mais explicitadas. A proibição de exercício de advocacia e de participação em sociedade comercial também atinge ao Judiciário, embora não expressamente prevista na Constituição, além das vedações comuns de participação em porcentagens ou custas processuais; exercício de outro cargo ou função pública, salvo uma de magistério; exercício de atividade político-partidária; recebimento de auxílios e contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções legais e, finalmente, exercício de advocacia, no juízo ou tribunal em que desenvolviam suas atividades, pelo período de três anos a contar de seu afastamento do cargo, por aposentadoria ou exoneração.

3.1. O Conselho Nacional do Ministério Público

A Emenda n. 45/2004 criou um Conselho Nacional do Ministério Público. Trata-se de uma instituição equivalente à do Conselho Nacional de Justiça, cuja estruturação, função e competência acompanha de muito perto.

Compõe-se esse Conselho, conforme o art. 130-A da Constituição, de quatorze membros, dos quais oito pertencem aos quadros do próprio Ministério Público. Integram-no: 1) o Procurador-Geral da República; 2) quatro membros do Ministério Público da União, assegurada a representação de cada uma de suas carreiras; 3) três membros do Ministério Público dos Estados; 4) dois juízes, indicados um pelo Supremo Tribunal Federal e outro pelo Superior Tribunal de Justiça; 5) dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; 6) dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal (art. 103-B, *caput*).

Serão eles nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. Terão mandato de dois anos, permitida uma recondução (art. 130-A, *caput*).

Será ele presidido pelo Procurador-Geral da República (art. 130-A, I).

Segundo o art. 130-A, § 2º, o Conselho se destina ao controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público, bem como do cumprimento dos deveres funcionais dos seus membros.

Disto resultam determinadas competências que a Constituição já explicita nos incisos do referido parágrafo. Dentre tais competências, destacam-se: 1) a de rever ou desconstituir ou fixar prazo para tanto quando em causa a legalidade de atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário (inc. II); 2) conhecer de reclamações contra membros do Ministério Público, podendo aplicar-lhes sanções — remoção, disponibilidade, aposentadoria e outras — bem como avocar processos disciplinares contra eles instaurados (inc. III).

Lembre-se decorrer do art. 102, I, *r*, da Lei Magna, também trazido pela Emenda n. 45/2004, poderem ser propostas contra o Conselho Nacional do Ministério Público ações que são da

competência originária do Supremo Tribunal Federal. Pode-se disso depreender que as decisões do Conselho Nacional do Ministério Público poderão ser objeto de ações que visem a sua anulação pela Suprema Corte brasileira.

4. MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

A Constituição em vigor prevê um Ministério Público da União que compreende o Ministério Público Federal, o do Trabalho, o Militar, o do Distrito Federal e Territórios, cuja organização, atribuições e estatuto dependerão de lei complementar de iniciativa do Procurador-Geral, respeitadas as garantias e vedações constitucionais (art. 128, § 5º).

A chefia do Ministério Público da União cabe ao Procurador-Geral da República, que deverá ser necessariamente membro da carreira, com idade superior a trinta e cinco anos, cuja nomeação, pelo Presidente da República, dependerá de autorização do Senado, pelo voto da maioria absoluta. Dispõe ele de mandato de dois anos, podendo ser reconduzido (art. 128 e § 1º). Sua exoneração *ex officio* antes do término do mandato também dependerá de aprovação pelo Senado (arts. 128, § 2º, e 52, XI).

A fixação de mandato para o Procurador-Geral da República descaracteriza a vinculação com o governo, que era própria do sistema jurídico anterior, em face da livre nomeação e exoneração, o que fortalece a Instituição.

5. MINISTÉRIO PÚBLICO DOS ESTADOS

Cada Estado poderá organizar seu respectivo Ministério Público, mediante lei complementar de iniciativa dos Procuradores-Gerais da Justiça, observadas as garantias e vedações constitucionais (art. 128, § 5º).

Sua autonomia foi bastante dilatada; além da funcional e administrativa que lhe eram peculiares, obteve na nova Lei Magna a autonomia de auto-organização, que se pode afirmar integral. Apenas as garantias, vedações e forma de ingresso na carreira é que estão predeterminadas na Constituição.

A chefia do Ministério Público Estadual também cabe a integrante da carreira escolhida pelo governador em lista tríplice formada pelos integrantes da Instituição. Seu mandato é de dois anos e a exoneração, antes de seu término, depende de manifestação, por maioria absoluta, da Assembleia Legislativa.

A Emenda n. 45/2004 determina que, no plano dos Estados, sejam instituídas ouvidorias do Ministério Público, destinadas a receber reclamações e denúncias de quaisquer interessados, que as enviarão diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A, § 5º).

6. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

A representação judicial e extrajudicial da União compete à Advocacia-Geral da União, instituição criada pela Constituição. Cabem-lhe também as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Sua organização e funcionamento foram deferidos à lei complementar, prevendo, contudo, a Constituição que o ingresso na carreira há de se fazer mediante concurso público de provas e títulos. A chefia será de livre provimento pelo Presidente da República, exigida a idade de trinta e cinco anos, notável saber jurídico e reputação ilibada para o Advogado-Geral da União.

Os Estados e Distrito Federal terão sua representação exercida pelos respectivos procuradores.

Sistema que não difere do anterior, apenas ganhou foros de Constituição Federal.

7. A ADVOCACIA

O legislador constituinte alçou à dignidade constitucional a atividade dos advogados. Como porta-voz da sociedade perante a Justiça, uma vez que é através do advogado que se pode postular em juízo, é louvável o prestígio que a Constituição lhe deferiu.

A Lei Magna encara o advogado como “indispensável à administração da Justiça”, conferindo-lhe inviolabilidade por “seus atos e manifestações no exercício da profissão” (art. 133).

8. DEFENSORIA PÚBLICA

O dever do Estado de prover a assistência judiciária aos necessitados encontrava grandes dificuldades de realização, uma vez que constituía tarefa das Procuradorias cumulativamente com as atribuições de representação judicial e extrajudicial do Estado. Com a criação da Defensoria Pública o Estado estará melhor aparelhado para cumprir esse dever específico.

A Defensoria Pública está caracterizada como “instituição essencial à função jurisdicional”. Cabe-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, de todas as pessoas que comprovarem insuficiência de recursos (art. 134).

O direito de defesa representa um dos esteiros do regime democrático que constitui um dos princípios constitucionais fundamentais. Todavia, pode ser frustrado por falta de recursos necessários ao seu exercício. Assim, reconhecendo ser, ao lado de um direito do indivíduo, um dever do Estado (art. 5º, LXXIV), tratou o constituinte de criar órgão próprio para cumpri-lo.

A organização da Defensoria Pública foi deferida à lei complementar, dispondo, contudo, a Constituição, que o acesso a seus cargos deverá ser feito mediante concurso público de provas e títulos.

Os defensores públicos estarão impedidos do exercício da advocacia particular, obviamente, para terem maior disponibilidade para o exercício de tão elevada função. Recebem da Constituição a garantia da inamovibilidade, para preservar sua independência funcional.

Paralelamente à Defensoria Pública da União, os Estados organizarão, observadas normas gerais previstas em lei complementar, suas respectivas Defensorias.

Parte V

A LIMITAÇÃO DO PODER

SUMÁRIO: 1. Plano desta Parte.

1. PLANO DESTA PARTE

A limitação do poder, como se sabe, foi um dos grandes desideratos do liberalismo. Este, que exalta a garantia dos direitos do homem como razão de ser do Estado, exigia que o Poder Público tivesse limites, para que não interferisse no domínio próprio e irreduzível da liberdade individual. Dessa insistência resultou que o princípio de limitação do poder fosse visto como o princípio liberal por excelência.

Na origem da ideia de Constituição este princípio está presente quando ainda o princípio democrático está ausente. E quando este se consagra é em estreita ligação com o de limitação do poder que se afirma. A democracia moderna nasce como democracia liberal. Assim, na visão “ocidental” da democracia, governo pelo povo e limitação do poder estão indissolúvelmente combinados.

A importância desse tema e a grande evolução por que passou a doutrina a respeito dele impõem se abra neste trabalho uma parte sobre a limitação do poder mediante a fixação pela doutrina e pela Constituição de instrumentos de declaração e garantia dos Direitos Fundamentais do Homem.

Do estudo da doutrina, deve-se partir para o estudo, em pormenor, dos direitos fundamentais reconhecidos. Tal estudo, porém, só é frutuoso se sistematizado. Ora, a sistematização dos direitos reconhecidos a indivíduos e grupos é tarefa difícil, como prova a controvérsia que lavra, a propósito de sua classificação, entre os grandes mestres.

Nessa controvérsia o autor prefere não entrar. Para fins práticos, no Capítulo 31 desta Parte se procederá à análise dos princípios, e direitos deles decorrentes, de igualdade, legalidade e proteção judiciária, por serem associados indelevelmente à democracia, ao menos como ela é modernamente encarada, no estado de direito. Em dois capítulos (32 e 33) a seguir, far-se-á o estudo da doutrina — e da evolução doutrinária — acerca dos direitos fundamentais, bem como desses direitos na Constituição brasileira. Os remédios que o Direito Constitucional prevê para a salvaguarda dos direitos fundamentais serão o objeto do penúltimo capítulo desta Parte. Enfim, o derradeiro haverá de estudar o estado de sítio, assim como as medidas de índole semelhante que, em situações de emergência, restringem os direitos fundamentais para a salvação pública.

Capítulo 30

OS PRINCÍPIOS DO ESTADO DE DIREITO

SUMÁRIO: 1. Considerações gerais. 2. A igualdade como princípio inerente à democracia. 3. Igualdade de direitos e igualdade de fato. 4. Igualdade como limitação ao legislador e como regra de interpretação. 5. As desigualdades constitucionais. 6. A igualdade tributária. 7. O retrocesso da igualdade. 8. A igualdade perante a lei. 9. O princípio da legalidade. 10. A legalidade nas Constituições brasileiras. 11. A submissão do regulamento à lei. 12. O princípio do controle judiciário. 13. *Due process of law*.

LEITURA COMPLEMENTAR: Claude-Albert Colliard, *Les libertés publiques*; Jean Rivero, *Libertés publiques*; e o meu *Direitos humanos fundamentais*.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Embora não sejam, *stricto sensu*, direitos políticos, os princípios de igualdade e legalidade, com os direitos que deles decorrem, são expressão direta de um regime político, qual seja, a democracia. O mesmo, aliás, se pode dizer do princípio de proteção judiciária, pouco encarecido pelos autores nacionais mas de importância capital.

2. A IGUALDADE COMO PRINCÍPIO INERENTE À DEMOCRACIA

A igualdade, desde a Antiguidade, é indissolúvelmente associada à democracia. No célebre discurso de Péricles em honra aos mortos no primeiro ano da guerra do Peloponeso, é a “isonomia”, isto é, a igualdade perante a lei, apontada como um dos três característicos fundamentais da democracia ateniense.

Da mesma forma, não se pode modernamente caracterizar a democracia sem que se abra lugar para a igualdade, embora esse lugar não seja sempre o mesmo.

3. IGUALDADE DE DIREITOS E IGUALDADE DE FATO

Juridicamente, como ensina Colliard, pode-se distinguir a igualdade de direitos, ou igualdade civil, da igualdade de fato, ou igualdade real.

A primeira é uma “igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades, uma igualdade virtual”. Afirma ela que “os homens são igualmente aptos a gozar de direitos” mas não afirma que “têm eles um exercício igual desses direitos”. A segunda, ao invés, afirma em prol de todos “um igual exercício atual de direitos” (*Les libertés publiques*, n. 159).

Aquela é a forma de igualdade consagrada constitucionalmente nas democracias ocidentais. Mantém aberta a possibilidade de distinções, mas de distinções que decorram do valor pessoal. De fato, a igualdade civil rejeita os privilégios de raça, cor, religião, sexo e nascimento. A última forma de igualdade é a prometida nas democracias marxistas para o paraíso comunista. Para o atendimento dessa promessa, se possível, não se lhe nega até o sacrifício da liberdade.

4. IGUALDADE COMO LIMITAÇÃO AO LEGISLADOR E COMO REGRA DE INTERPRETAÇÃO

Na verdade, o princípio de igualdade é uma limitação ao legislador e uma regra de interpretação.

Como limitação ao legislador, proíbe-o de editar regras que estabeleçam privilégios, especialmente em razão da classe ou posição social, da raça, da religião, da fortuna ou do sexo do indivíduo.

Inserido o princípio na Constituição, a lei que o violar será inconstitucional.

É também um princípio de interpretação. O juiz deverá dar sempre à lei o entendimento que não crie privilégios, de espécie alguma. E, como o juiz, assim deverá proceder todo aquele que tiver de aplicar uma lei.

5. AS DESIGUALDADES CONSTITUCIONAIS

Esse princípio não é, todavia, absoluto. As próprias constituições ao consagrá-lo nem por isso renegam outras disposições que estabelecem desigualdade. Assim, não é dado invocá-lo “onde a Constituição, explícita ou implicitamente, permite a desigualdade” (Pontes de Miranda, *Comentários*, cit.). Ele proíbe as distinções arbitrárias, ou seja, destituídas de fundamento objetivo, racionalmente justificável.

Mais claramente. O princípio da igualdade não proíbe de modo absoluto as diferenciações de tratamento. Veda apenas aquelas *diferenciações arbitrárias*, as *discriminações*.

Na verdade, o tratamento desigual dos casos desiguais, *na medida em que se desiguam*, é exigência do próprio conceito de Justiça.

Assim, o princípio da igualdade no fundo comanda que só se façam distinções com critérios objetivos e racionais adequados ao fim visado pela diferenciação.

Em consequência, não viola, por exemplo, o princípio de igualdade exigência quanto à religião ou ao sexo que seja inerente ao serviço ou à função. Não há desobediência ao preceito constitucional, por exemplo, se se restringir a sacerdote católico a capelania católica das Forças Armadas, ou se se negar à mulher acesso ao cargo de carcereiro de penitenciária masculina.

6. A IGUALDADE TRIBUTÁRIA

Questão muito discutida foi em todo o mundo o problema da igualdade tributária, em face do aparecimento dos tributos sobre a renda, de caráter proporcional. Nos Estados Unidos, por exemplo, foi necessária a aprovação de uma Emenda Constitucional, a 16^a, para que fosse possível a cobrança desse tributo.

Essa discussão hoje silenciou, prevalecendo o entendimento segundo o qual a proporcionalidade do tributo não fere a igualdade. De fato, já ensinava a filosofia perene que a igualdade pode ser absoluta ou aritmética e proporcional ou geométrica. Dessa forma, atende-se à igualdade aritmética dando-se a cada homem um voto, como não se desatende à igualdade geométrica exigindo-se de quem ganha dez milhões cinco vezes mais de impostos do que daquele que ganha dois.

7. O RETROCESSO DA IGUALDADE

Deve-se assinalar que atualmente o princípio de igualdade parece em regressão. É inegável a tendência ao desenvolvimento de um direito de classe, que, embora para proteger o social e economicamente fraco, lhe concede privilégios em detrimento do princípio de igualdade. Também se pode observar que a intervenção do Estado no domínio econômico se tem feito não raro ao arrepio desse princípio.

8. A IGUALDADE PERANTE A LEI

A Constituição brasileira em vigor (art. 5º, *caput*) consagra a igualdade perante a lei. Consagra-a

fiel ao modo tradicional como igualdade de direitos.

Todos, afirma o texto constitucional, gozam de igualdade de direitos, em princípio. Assim, qualquer discriminação quanto ao gozo de direitos, seja entre nacionais e estrangeiros, seja entre brasileiro nato e brasileiros naturalizados, tem de ser, expressa ou implicitamente, prevista na Constituição. Caso contrário, a inconstitucionalidade a vicia inapelavelmente.

Segundo lição pacífica da doutrina, o mesmo preceito se aplica a pessoas morais, brasileiras ou estrangeiras.

Destarte, a igualdade é regra constitucional a que só a Constituição pode, validamente, abrir exceções.

9. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Se bem que não seja, como a igualdade, inerente ao espírito de qualquer democracia, o princípio de legalidade é inseparável da forma ocidental de democracia, construída sobre a “separação de poderes”.

Esse princípio — ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei — visa a combater o poder arbitrário e se liga ao conceito de lei manifesto na Declaração de 1789. Só a lei pode criar obrigação para o indivíduo, porque ela é apenas expressão da vontade geral. Expressão da vontade geral por seu órgão, o Parlamento. Expressão da vontade geral, que a tudo e todos governa, na democracia.

O princípio da legalidade onde só é lei o ato aprovado pelo Parlamento, representante do povo, exprime a democracia, na medida em que subordina o comportamento individual apenas e tão somente à vontade manifesta pelos órgãos de representação popular.

Na Constituição vigente, porém, admitem-se “atos com força de lei”. Este ato — a medida provisória — pode criar, como cria, direitos e obrigações, ainda que provenha do poder executivo.

10. A LEGALIDADE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

O princípio da legalidade foi consagrado por todas as Constituições brasileiras com uma única exceção — a Carta de 1937. A Constituição atual o anuncia logo no art. 5º, II. Entre a Carta de 1824 e a Constituição de 1988, que, aliás, repete a redação das de 1891, 1934, 1946 e 1967, só há uma diferença. A primeira afirmava que “nenhum cidadão” podia ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei, ao passo que as demais se referem a “ninguém”, estendendo, pois, ao estrangeiro o direito à legalidade.

11. A SUBMISSÃO DO REGULAMENTO À LEI

Um problema surge quando se adota o princípio da legalidade, qual seja, o de se saber se, naquelas matérias em que é omissa a lei, pode o Executivo editar regras obrigatórias. É o problema dos regulamentos *praeter legem*.

Em princípio, como é sabido, o regulamento não pode criar ou extinguir obrigações, não pode nem mesmo suspendê-las ou adiá-las, como não amplia nem restringe direitos. Por outro lado, se costuma ensinar que, no que for além da lei, não obriga; no que for contra a lei, não prevalece. À luz desse ensinamento, que é o clássico, o regulamento *praeter legem* não obriga.

Deve-se observar, todavia, que a doutrina e a jurisprudência o têm admitido como válido, desde

que se fundamente em competência constitucionalmente conferida. Assim, se a matéria, na Constituição, foi atribuída ao Executivo, não havendo lei que regule os direitos e obrigações nessa esfera pode aquele poder editar as regras necessárias, criando obrigações, conferindo direitos.

12. O PRINCÍPIO DO CONTROLE JUDICIÁRIO

Como o princípio de legalidade, o do controle judiciário é intrínseco à democracia de opção liberal. Apesar de sua importância, salvo os autores norte-americanos, poucos estudiosos lhe têm dado maior atenção, colocando-o no rol das coisas óbvias.

Na verdade, o direito de o indivíduo fazer passar pelo crivo do Judiciário toda lesão a seus direitos é essencial a todo regime cioso das liberdades fundamentais. Deflui inexoravelmente esse princípio da própria “separação de poderes”, pois outra não é, no fundo, a justificativa da independência do Judiciário que não a tutela dos direitos individuais. Todavia, a sua expressa enunciação, como no art. 5º, XXXV, da Constituição — “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” — é sempre recomendável. De fato, o crivo imparcial do Judiciário contraria muita vez a prepotência dos governantes que, se podem, cuidam de impedir sua fiscalização. Com justiça, disse Pontes de Miranda que sua enunciação expressa “foi a mais típica e a mais prestante criação de 1946” (*Comentários*, cit., v. 4, p. 412).

13. DUE PROCESS OF LAW

O princípio consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988 deve ser associado à cláusula *due process of law* do Direito anglo-americano.

Essa cláusula tem sua primeira expressão concreta na Magna Carta, art. 39, onde promete o rei que “nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade ou de sua liberdade, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer maneira destruído, nem o castigaremos ou mandaremos força contra ele salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país”. Cláusula semelhante, empregando já a expressão *due process of law*, foi jurada por Eduardo III, e da tradição do Direito inglês passou para o das colônias da América do Norte, chegando à Constituição americana, Emenda 5ª.

Impede essa cláusula toda restrição à liberdade ou aos direitos de qualquer homem, sem intervenção do Judiciário, claro, se o interessado a reclamar. Dentro do espírito do Direito anglo-americano, essa cláusula implica o controle pelos órgãos judiciários e pelos processos previstos pela *Common Law*. Com isso, o princípio se torna mais sólido, já que impede que uma proposital alteração de estrutura do Judiciário esvazie essa garantia.

A Constituição em vigor reconhece, ademais, o princípio do “devido processo legal” (art. 5º, LIV).

Capítulo 31 - A DOCTRINA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EVOLUÇÃO

A DOCTRINA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EVOLUÇÃO

SUMÁRIO: 1. Considerações gerais. 2. Traços gerais das primeiras declarações de direitos. 3. Causas: os abusos do absolutismo. 4. Causas: a base filosófico-religiosa. 5. Causas: o contexto econômico. 6. O individualismo e sua evolução. 7. Os direitos econômicos e sociais. 8. Causas de evolução: a crítica às declarações individualistas. 9. Causas de evolução: a “questão social”. 10. Causas de evolução: a extensão do sufrágio. 11. A substância dos direitos econômicos e sociais. 12. As manifestações da nova concepção. 13. A nova concepção nas Constituições brasileiras. 14. Declarações de direitos e declarações de direitos e garantias. 15. A terceira geração dos direitos.

LEITURA COMPLEMENTAR: Jacques Maritain, *Les droits de l’homme et la loi naturelle*, Paris, 1947; Claude-Albert Colliard, *Les libertés publiques*, Paris, 1958; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direitos humanos fundamentais*; id., *Liberdades públicas*, col. Ada Pellegrini Grinover e Anna Cândida da Cunha Ferraz, São Paulo, 1978; Dominique Rousseau, *Les droits de l’homme de la troisième génération*, in *Droit constitutionnel et droits de l’homme*, Paris, 1987.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Desde a Revolução de 1789, o regime constitucional é associado à garantia dos direitos fundamentais. Não é ocioso recordar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (art. 16) condicionou à proteção dos direitos individuais a própria existência da Constituição.

Tal exagero tinha uma significação profunda. Indicava em alto e bom som o objetivo do governo em prol da Constituição escrita, qual seja, o estabelecimento em favor do indivíduo de uma esfera autônoma de ação, delimitando assim o campo de interferência legítima do Estado com qualquer um.

Com o passar dos tempos, operou-se mudança no modo de encarar as relações entre o indivíduo e o Estado, vindo novos direitos a ser reconhecidos em prol do indivíduo, direitos esses com um conteúdo positivo que o Estado estaria jungido a prestar. Por outro lado, com o desprestígio do individualismo, foram também aos grupos reconhecidos direitos fundamentais, com o mesmo caráter de inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade que aos indivíduos. Sempre, porém, o reconhecimento desses direitos permaneceu inabalado como uma das metas do Constitucionalismo. Tanto assim é que, fosse qual fosse a sua inspiração, editavam, como editam ainda, as Constituições, declarações de direitos e, às vezes, de garantias.

2. TRAÇOS GERAIS DAS PRIMEIRAS DECLARAÇÕES DE DIREITOS

As declarações de direitos são um dos traços mais característicos do Constitucionalismo, bem como um dos documentos mais significativos para a compreensão dos movimentos que o geraram. Sem dúvida, a ideia de se estabelecer por escrito um rol de direitos em favor de indivíduos, de direitos que seriam superiores ao próprio poder que os concedeu ou reconheceu, não é nova. Os forais, as cartas de franquia, continham enumeração de direitos com esse caráter já na Idade Média. Entre as declarações, de um lado, e os forais, ou cartas, de outro, a diferença fundamental estava em que as primeiras se destinavam ao homem, ao cidadão, em abstrato, enquanto as últimas se voltavam para determinadas categorias ou grupos particularizados de homens. Naquelas se reconheciam certos direitos a todos os homens por serem homens, em razão de sua natureza; nestas, a alguns homens por serem de tal corporação ou pertencerem a tal valorosa cidade.

Por outro lado, as declarações dos séculos XVIII e XIX apresentam uma indisfarçável hostilidade contra o poder, considerado o inimigo por excelência da liberdade. Em todas elas avulta a mesma preocupação: armar os indivíduos de meios de resistência contra o Estado. Seja por meio delas

estabelecendo zona interdita à sua ingerência — *liberdades-limites* — seja por meio delas armando o indivíduo contra o poder no próprio domínio deste — *liberdades-oposição*.

De fato, observa Duverger (*Les partis*, cit., p. 201 e s.), o pai das designações acima, bem nítidos aparecem nessas declarações dois grupos de direitos — o das liberdades-limites, por exemplo, liberdade pessoal, direito de propriedade, liberdade de comércio, de indústria, de religião etc., que impedem a ingerência do Estado numa esfera íntima da vida humana — e o das liberdades-oposição, por exemplo, liberdade de imprensa, de reunião, de manifestação etc., que servem de meio de oposição política.

3. CAUSAS: OS ABUSOS DO ABSOLUTISMO

A opressão absolutista foi a causa próxima do surgimento das Declarações. Destas a primeira foi a do Estado da Virgínia, votada em junho de 1776, que serviu de modelo para as demais na América do Norte embora a mais conhecida e influente seja a dos “Direitos do Homem e do Cidadão”, editada em 1789 pela Revolução Francesa.

Em todas essas declarações, cujo caráter abstrato é tantas vezes criticado, há a resposta, artigo por artigo, a um abuso do absolutismo. Os americanos, na verdade, nessas declarações buscavam enumerar simplesmente os direitos imemorais que, como cidadãos ingleses, julgavam gozar e que haviam sido postergados pelo monarca. Os franceses também procuravam impedir os abusos mais frequentes. Apenas o seu pendor racionalista — metafísico, diria um inglês — os levou a proclamar princípios eternos e universais.

4. CAUSAS: A BASE FILOSÓFICO-RELIGIOSA

A causa profunda do reconhecimento de direitos naturais e intangíveis em prol do indivíduo, decorrentes imediatamente da natureza humana, é de ordem filosófico-religiosa.

De ordem religiosa porque decorre, sem saltos, dos dogmas cristãos. A igualdade fundamental de natureza entre todos os homens, criados à imagem e semelhança de Deus, a liberdade fundamental de fazer o bem, ou de não o fazer, decorrem dos mais remotos ensinamentos bíblicos. Dessa inspiração religiosa, ainda que por outras influenciada, é que defluiu a lição de Sto. Tomás de Aquino sobre o direito natural. Seria este aquela participação na lei eterna que o homem alcança, considerando o seu íntimo: a vontade de Deus, o criador, desvendada pela razão da criatura, por sua inclinação própria, na própria criação.

Essa base religiosa do Direito natural foi substituída sem modificação profunda do edifício em sua exterioridade pela obra dos racionalistas do século XVII, Grócio e outros. Para estes o fundamento do Direito natural não seria a vontade de Deus mas a razão, medida última do certo e do errado, do bom e do mau, do verdadeiro e do falso. Esta versão racionalista do Direito natural, inserida no Iluminismo, é que inspira as primeiras declarações.

5. CAUSAS: O CONTEXTO ECONÔMICO

A afirmação do indivíduo, inerente às primeiras declarações, encontrava eco no contexto econômico da época.

As invenções, em particular da máquina a vapor, haviam estimulado o crescimento econômico apesar das resistências a ele opostas pelo conformismo das corporações esclerosadas e pela ingerência estatal. O progresso se fazia pelo esforço dos indivíduos, apesar dos grupos e do Estado.

Esse fato, que se reflete nas doutrinas econômicas do tempo — como a de Adam Smith — sugere por que os meios capitalistas ou burgueses, em geral, formavam na vanguarda revolucionária. A revolução individualista era imprescindível para a consolidação e para o aceleração do progresso econômico.

6. O INDIVIDUALISMO E SUA EVOLUÇÃO

O caráter individualista é o traço fundamental das declarações dos séculos XVIII e XIX e das editadas até a Primeira Guerra Mundial. Marca-as a preocupação de defender o indivíduo contra o Estado, este considerado um mal, embora necessário.

Esse aspecto individualista, essa preocupação com os direitos do indivíduo contra o Estado, perdura na maioria das Constituições do século XX. Nestas, porém, reponta outra inspiração que é a de assegurar aos indivíduos certos direitos por meio do Estado, direitos em geral de alcance econômico.

7. OS DIREITOS ECONÔMICOS E SOCIAIS

O aparecimento dos “direitos econômicos e sociais” ao lado das “liberdades” nas declarações é o fruto de uma evolução cujo ponto de partida se encontra bem cedo no século passado.

8. CAUSAS DE EVOLUÇÃO: A CRÍTICA ÀS DECLARAÇÕES INDIVIDUALISTAS

Essa evolução se inicia com a crítica logo feita pelos socializantes ou socialistas ao caráter “formal” das liberdades consagradas nos documentos individualistas. Essas liberdades seriam iguais para todos, é certo; para a maioria, porém, seriam sem sentido porque a ela faltariam os meios de exercê-las. De que adianta a liberdade de imprensa para todos aqueles que não têm os meios para fundar, imprimir e distribuir um jornal? — perguntavam esses críticos. Assim, esses direitos seriam negados pela organização social ao mesmo tempo que, *pro forma*, seriam consagrados nas declarações.

Destarte, a atribuição em realidade para todos do direito de exercer esses direitos fundamentais implicaria uma reforma econômico-social, ou, ao menos, uma intervenção do Estado para que o mínimo fosse assegurado à maioria.

9. CAUSAS DE EVOLUÇÃO: A “QUESTÃO SOCIAL”

Essa crítica repercutiu intensamente em vista das consequências trágicas do desenvolvimento capitalista, apoiado na igualdade de todos perante a lei e na liberdade de contratar.

Ao mesmo tempo que a produção crescia velozmente, beneficiando os capitalistas, a miséria e a exploração colhiam os que, juridicamente livres e iguais em direitos aos donos das máquinas, deviam alugar-se aos mesmos para ter o pão de que viver. As máquinas, por fazerem o serviço anterior de muitas pessoas, aumentavam os braços disponíveis para um mercado de trabalho que crescia menos rapidamente que o das disponibilidades. A concorrência pelo emprego forçava o desempregado a aceitar salários ínfimos para tempo de serviço longo. Forçava a dissolução da família, obrigando a esposa a empregar-se, bem como os filhos, embora crianças, para que houvesse alimento para todos. Assim, o enriquecimento global redundava na prosperidade acrescida, e muito, de alguns e na miséria

também acrescida, e muito, da maioria.

A necessidade de proteção do economicamente fraco, por intermédio do Estado, foi, assim, ganhando a opinião pública. Ainda na primeira metade do século XIX a Revolução Francesa de 1848 e sua Constituição reconheceram efetivamente o primeiro dos “direitos econômicos e sociais”: o direito ao trabalho, impondo ao Estado a obrigação de dar meios ao desempregado de ganhar o seu pão. A afirmação *in abstracto* desse direito, porém, já se encontrava na Declaração jacobina de 1793.

10. CAUSAS DE EVOLUÇÃO: A EXTENSÃO DO SUFRÁGIO

Por outro lado, a própria dinâmica do movimento liberal europeu impunha a extensão do sufrágio, cuja universalidade foi alcançada, na França, já em 1848. Ora, o sufrágio universal forçou os políticos e estadistas a sopesar a influência das massas e a dar atenção aos seus reclamos.

Esses reclamos bem diversos eram daqueles que se manifestavam nos meios burgueses. Nestes, o que se pedia era liberdade de ação contra o Estado, ou apesar do Estado; nos meios proletários, o que se almejava era proteção e amparo por parte do Estado. Enquanto para a mentalidade predominante nas classes ricas o Estado era o inimigo, embora um inimigo às vezes útil, para o proletariado era ele talvez a última esperança.

Esse fator propriamente político muito influenciou a transformação do Estado-polícia em Estado-providência, como, de outro lado, impôs o reconhecimento pelo constituinte dos vários “direitos econômicos e sociais”.

11. A SUBSTÂNCIA DOS DIREITOS ECONÔMICOS E SOCIAIS

A evolução, cujos traços gerais foram acima descritos, caracterizou-se em suma pela consagração, ao lado dos direitos-resistência, de direitos “econômicos e sociais”. Ou seja, ao lado de direitos que impunham ao Estado limitações, que lhe determinavam abstenção: *não fazer*, foram reconhecidos direitos a prestações positivas do Estado, que se vê obrigado, não raro, a criar serviços públicos para atendê-los (p. ex., previdência social).

Ao mesmo tempo, contra o individualista extremado, se foram reconhecendo direitos em favor dos grupos sociais, o que não se fazia nas primeiras declarações. Paralelamente, se reconheceu ao indivíduo o direito de associação, inclusive como garantia da liberdade individual conforme o ensinamento de Tocqueville (*De la démocratie en Amérique*) e de Stuart Mill (*Do governo representativo da liberdade*).

12. AS MANIFESTAÇÕES DA NOVA CONCEPÇÃO

Essa nova concepção dos direitos fundamentais encontrou expressão solene principalmente nas primeiras Constituições republicanas alemã e espanhola — a de Weimar de 1919, a espanhola de 1931. Com menor repercussão que elas e caracterizada por um nacionalismo exacerbado está a Constituição mexicana de 1917, talvez a primeira a incorporar essas novas ideias.

Por outro lado, a Declaração russa de 1918 e as subsequentes Constituições soviéticas apresentam declarações de caracteres bem marcados e de inspiração oposta à das declarações não marxistas. Bem clara se vê nelas a ideia segundo a qual, pertencendo o poder ao povo que se confunde com o proletariado representado por sua vanguarda, o partido comunista, mister não há de se reconhecerem direitos contra o Estado que traduzem limites ao seu poder.

13. A NOVA CONCEPÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A imitação, de um lado, as novas concepções, de outro, imprimiram às Constituições subsequentes esse novo molde. Em muitas, porém, o reconhecimento desses direitos novos ficou no papel ou nas manifestações de princípios, eloquentes e inócuas.

No Brasil, a primeira Constituição a adotar, em seu texto, essa nova inspiração foi a de 1934, no que foi seguida pelas posteriores. As anteriores — 1824 e 1891 — como era de se esperar, manifestavam em seu texto o apego à concepção individualista dos direitos fundamentais.

De 1934 até 1988, em nosso Direito Constitucional, o reconhecimento dos direitos “econômicos e sociais” vinha sendo feito sob a forma de princípios, catalogados em capítulo sobre a “Ordem econômica e social”. A atual Constituição inseriu no Capítulo II do Título II — Dos direitos e garantias fundamentais — o capítulo sobre os Direitos sociais.

14. DECLARAÇÕES DE DIREITOS E DECLARAÇÕES DE DIREITOS E GARANTIAS

Dentre as declarações, há que distinguir, por outro lado, as que se contentam com enumerar os direitos reconhecidos como anteriores ao Estado e superiores a ele — direitos de certo modo naturais — e as que se preocupam em acrescentar ao rol dos direitos o das garantias, em sentido estrito.

Que são essas garantias?

É mister antes de mais nada não confundi-las com os remédios, isto é, com medidas ou processos especiais, previstos na Constituição, para a defesa de direitos violados. As garantias, ao contrário dos remédios, buscam prevenir, não corrigir.

As garantias consistem nas prescrições que vedam determinadas ações do Poder Público que violariam direito reconhecido. São barreiras erigidas para a proteção dos direitos consagrados.

Assim, por exemplo, o art. 5º, IX, da Constituição brasileira consagra de início a liberdade de expressão — “É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação,” — e garante o direito reconhecido pela proibição da censura — “independentemente de censura ou licença”.

A expressão “garantias constitucionais” é, todavia, também tomada no sentido de “remédios constitucionais” (v., adiante, o Cap. 33). Há neste caso uma figura de linguagem, pois, rigorosamente falando, esses remédios são a garantia das garantias, são a via judicial destinada à proteção das regras que protegem os direitos fundamentais.

15. A TERCEIRA GERAÇÃO DOS DIREITOS

Hoje se começa a falar numa terceira geração dos direitos do homem. Seriam *direitos de solidariedade*: direito à paz, ao desenvolvimento, ao respeito ao patrimônio comum da humanidade, ao meio ambiente. Proviriam do Direito Internacional e estariam em vias de consagração no Direito Constitucional. Não há, porém, uma cristalização da doutrina a seu respeito, forte corrente entendendo não constituírem esses “direitos” mais que aspirações, despidas de força jurídica vinculante.

A nova Constituição brasileira deu guarida a essa tendência, dispondo, por exemplo, sobre o direito ao meio ambiente (art. 225).

Capítulo 32 - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

SUMÁRIO: 1. Observações gerais. 2-A. Direitos explícitos e implícitos. 2-B. Direitos advenientes de tratados. 2-C. “Inaboliabilidade” dos direitos fundamentais. 3. Classificação dos direitos explícitos. 4. A liberdade de locomoção. 5. A liberdade de pensamento: a liberdade de consciência. 6. A liberdade de expressão ou manifestação do pensamento. 7. A liberdade dos espetáculos e diversões. 8. A liberdade de ensino. 9. A liberdade de reunião. 10. A liberdade de associação. 11. A liberdade de profissão e de trabalho. 12. A liberdade de ação. 13. A liberdade sindical. 14. O direito de greve. 15. Os direitos relativos à segurança: o respeito aos direitos adquiridos. 16. O respeito à liberdade pessoal. 17. A inviolabilidade da intimidade. 18. A inviolabilidade do domicílio. 19. A segurança em matéria penal. 20. Os direitos concernentes à propriedade: considerações gerais. 21. O direito de propriedade. 22. A desapropriação e a indenização. 23. Os fundamentos da desapropriação. 24. As exceções à indenização prévia: a requisição. 25. Os direitos do inventor. 26. A propriedade das marcas de indústria e comércio. 27. Os direitos de autor. 28. Direito à herança. 29. Aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos. 30. Direitos sociais. 31. Direitos de solidariedade. LEITURA COMPLEMENTAR: Esta matéria, aqui tratada sumariamente, é objeto de um estudo mais aprofundado no meu livro *Direitos humanos fundamentais*, 13. ed., Saraiva, 2011.

1. OBSERVAÇÕES GERAIS

Nas democracias de opção liberal pouco variam entre si as declarações de direitos. Daí resulta que estudar uma delas é examinar, por assim dizer, as outras todas.

A Declaração contida na Constituição brasileira de 1988 é a mais abrangente e extensa de todas as anteriores. Inclui, como é óbvio, as liberdades públicas clássicas, conferindo excepcional ênfase aos direitos concernentes à matéria penal. Por outro lado, inova ao prever, por exemplo, o direito de informação, a defesa do consumidor etc. Ademais, ela mistura verdadeiros direitos fundamentais em sua essência (v. item 2), com outros, meramente importantes que apenas formalmente são direitos fundamentais (p. ex., o direito a certidões).

Além de consagrar os “Direitos e deveres individuais e coletivos”, a Declaração de 1988 abre um capítulo para definir os direitos sociais, que vinham sendo, desde 1934, inseridos no capítulo da “Ordem econômica e social”.

Seu estudo é evidentemente muito importante e dele trataremos neste capítulo, selecionando aqueles que nos parecem essenciais.

2-A. DIREITOS EXPLÍCITOS E IMPLÍCITOS

A atual Constituição brasileira, no que segue as anteriores, não pretende ser exaustiva na enumeração dos direitos fundamentais. Admite haver outros direitos fundamentais além dos enumerados, direitos estes implícitos.

Tais direitos, como deflui do § 2º do art. 5º, seriam “decorrentes do regime e dos princípios” (dentre estes especialmente o da dignidade humana) que a Constituição adota. Existe, pois, no sistema constitucional brasileiro, um critério material, substancial, indispensável, para que um direito seja “verdadeiramente” um direito fundamental. Do contrário, seria impossível identificar um direito fundamental implícito.

A Constituição em vigor é minuciosa ao enunciar direitos fundamentais. Assim, difícil é apontar exemplo de direito fundamental implícito. Talvez se possa afirmar um direito ao sigilo, que está subjacente ao art. 5º, X (proteção à intimidade) e XII (comunicações telegráficas etc.).

A principal consequência do art. 5º, § 2º, da Constituição é “refugar-se, a respeito de direitos e garantias, o princípio de interpretação de leis: *inclusio unius alterius est exclusio*” (Pontes de Miranda, *Comentários*, cit., art. 144).

2-B. DIREITOS ADVENIENTES DE TRATADOS

Além de admitir os referidos direitos implícitos, a Constituição faz referência — ainda no art. 5º, § 2º, parte final — a outros direitos fundamentais que seriam enunciados por tratados de que o Brasil seja parte ou que destes decorreriam.

Esta última cláusula parece inútil. De fato, se o direito inscrito no tratado é substancialmente um direito fundamental, ele já estaria entre os direitos fundamentais implícitos. Esta dignidade viria de sua natureza e não por constar do texto de um tratado que apenas o explicitaria. Do contrário, não tendo a essência de direito fundamental, não passará de um direito constitucional formal, e isto quando aprovado pela forma adiante exposta.

Na verdade, o que o tratado pode trazer de importante não é o direito (pela razão exposta), mas o seu regime (o modo e as limitações de seu exercício).

Observe-se que a Emenda Constitucional n. 45/2004 tornou claro que apenas se formalizam como normas constitucionais as regras de tratados ou convenções sobre direitos humanos, aprovadas na forma do § 3º que acrescentou ao art. 5º da Lei Magna. Ou seja, aprovadas pelas duas Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, pela maioria de três quintos dos membros de cada uma dessas Casas. As normas do tratado ou convenção aprovadas sem essa maioria qualificada valerão como lei infraconstitucional.

Outrossim, o regime de um direito será formalmente constitucional, se houver sido aprovado pela referida maioria qualificada, não podendo ser mudado pela lei infraconstitucional. Caso contrário, terá *status* de direito comum.

Entretanto, contrariando a tese acima, o Supremo Tribunal Federal se está inclinando pelo entendimento de que todos os tratados sobre direitos humanos têm nível constitucional. Isto terá, se se confirmar, profundas consequências jurídicas. Uma, a de que a Constituição formal (o texto promulgado em 1988 e suas Emendas) terá um anexo de igual valor. Haverá então, como dizem os franceses, um Bloco de Constitucionalidade. A segunda, que o controle de constitucionalidade logicamente se estenderá a todo esse bloco.

Já vigora no Brasil um tratado internacional aprovado pela forma prevista no § 3º do art. 5º da Constituição. Trata-se da Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiências, objeto da Lei n. 6.949/2010. Tem ele, portanto, força de norma constitucional formal.

2-C. “INABOLIBILIDADE” DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O art. 60, § 4º, da Constituição de 1988 dispõe que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV — os direitos e garantias individuais”.

A sua interpretação envolve três pontos principais.

O primeiro consiste em determinar o que significa “abolir” um direito fundamental. Sobre isto já se falou mais acima (no item 15 do Capítulo IV — O Poder Constituinte). Ou seja, abolir é eliminar alguma coisa — no caso um direito — e isto somente ocorre quando a norma o suprime ou vem a ferir o seu núcleo essencial. Assim, a proibição não impede seja alterado o regime do direito, ou seja, suas condições ou modo de exercício. No item acima citado, é até mencionada lição extraída de decisão do Supremo Tribunal Federal.

O segundo, que é o mais delicado, importa em determinar o que é um direito fundamental no sistema constitucional brasileiro. Como já se apontou, a Constituição presume que um direito fundamental esteja naturalmente ligado ao regime e princípios que adota, como o da dignidade humana. Destarte, os direitos fundamentais “verdadeiros” têm uma substância própria. Isto não exclui poderem existir direitos formalmente fundamentais (por estarem inscritos no texto constitucional), que, não tendo a matéria necessária, não estão protegidos pela “inabolibilidade”.

O último ponto é que, não havendo razão para dar maior proteção a determinados direitos fundamentais substanciais, deve-se ler “direitos e garantias individuais” como direitos e garantias *fundamentais*. Assim, a dita “inabolibilidade” protege todos os direitos fundamentais, sem exceção, portanto também os direitos sociais, além das liberdades.

3. CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS EXPLÍCITOS

Os direitos explicitamente consagrados na Constituição podem ser agrupados em três categorias, conforme seu objeto imediato, pois o mediato se pode dizer que é sempre a liberdade.

I — Direitos cujo objeto imediato é a “liberdade”:

- 1) de locomoção — art. 5º, XV e LXVIII;
- 2) de pensamento — art. 5º, IV, VI, VII, VIII, IX;
- 3) de reunião — art. 5º, XVI;
- 4) de associação — art. 5º, XVII a XXI;
- 5) de profissão — art. 5º, XIII;
- 6) de ação — art. 5º, II;
- 7) liberdade sindical — art. 8º;
- 8) direito de greve — art. 9º.

II — Direitos cujo objeto imediato é a “segurança”:

- 1) dos direitos subjetivos em geral — art. 5º, XXXVI;
- 2) em matéria penal — art. 5º, XXXVII a LXVII;
- 3) do domicílio — art. 5º, XI.

III — Direitos cujo objeto imediato é a “propriedade”:

- 1) em geral — art. 5º, XXII;
- 2) artística, literária e científica — art. 5º, XXVII a XXIX;
- 3) hereditária — art. 5º, XXX e XXXI.

4. A LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO

A liberdade de locomoção, assim impropriamente chamada, pois é o direito de ir, vir e também de ficar — *jus manendi, ambulandi, eundi ultra citroque* — é a primeira de todas as liberdades, sendo condição de quase todas as demais. Consiste em poder o indivíduo deslocar-se de um lugar para outro, ou permanecer cá ou lá, segundo lhe convenha ou bem lhe pareça. Claro, essa liberdade de ir ou ficar termina onde atenta contra o bem geral.

Sendo aquela cuja perda mais ostensiva aparece, foi talvez de todas as liberdades a mais cedo defendida. É ela protegida em particular pelo *habeas corpus*, que se examinará adiante, sendo mencionada no art. 5º, XV e LXVIII, a propósito deste, aliás.

5. A LIBERDADE DE PENSAMENTO: A LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA

A propósito da liberdade de pensamento, deve-se, de pronto, distinguir duas facetas: a liberdade de consciência e a liberdade de expressão ou manifestação do pensamento.

A primeira é a liberdade do foro íntimo. Enquanto não manifesta, é condicionável por meios variados, mas é livre sempre, já que ninguém pode ser obrigado a pensar deste ou daquele modo. Essa liberdade de consciência e de crença a Constituição (art. 5º, VI) declara inviolável.

A liberdade de consciência e de crença, porém, se extroverte, se manifesta na medida em que os indivíduos, segundo suas crenças, agem deste ou daquele modo, na medida em que, por uma inclinação natural, tendem a expor seu pensamento aos outros e, mais, a ganhá-los para suas ideias. As manifestações, estas sim, pelo seu caráter social valioso, é que devem ser protegidas, ao mesmo tempo que impedidas de destruir ou prejudicar a sociedade.

A manifestação do pensamento ou crença transparece de vários modos que todos a Constituição considera. A crença pode manifestar-se pela conduta individual, notada pelos que com o indivíduo convivem, sem que a pessoa pretenda com isso proselitismo. Essa liberdade de agir segundo sua consciência e crença também é reconhecida pela Constituição. Esta, porém, se crença ou convicção for alegada para exonerar o indivíduo de obrigação, encargo, ou serviço imposto pela lei aos brasileiros em geral, o priva dos direitos apenas se houver recusa de cumprimento de obrigação alternativa determinada em lei (art. 5º, VIII).

Consagra outrossim a Constituição a liberdade de culto, forma outra por que se extravasam as crenças íntimas (art. 5º, VI). A liberdade do culto religioso é garantida, bem como os locais de seu exercício e as liturgias, na forma determinada pela lei. Assim, a lei definirá o modo de proteção dos locais consagrados aos cultos e às cerimônias. No Direito anterior, a liberdade religiosa estava submetida ao respeito à ordem pública e aos bons costumes (EC n. 1/69, art. 153, § 5º).

A omissão no Texto Maior das expressões “que não contrariem a ordem pública e os bons costumes” não é de molde a sugerir que os cultos religiosos estejam autorizados a desrespeitar a ordem pública, pois sua manutenção deriva do próprio sistema jurídico como subjacente a ele.

6. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO OU MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

A manifestação do pensamento pode, porém, dirigir-se a outrem e não apenas exprimir as convicções do indivíduo, sem preocupação deste que outros a percebam, ou não. Essa liberdade, expressão fundamental da personalidade, também é consagrada, mas sob regimes diversos, conforme

sua importância social.

Essa manifestação pode dirigir-se de uma pessoa para outra ou outras não presentes de forma sigilosa, por carta, telegrama, telefone ou rádio. Essa manifestação, se de pessoa a pessoa e com caráter sigiloso, é a correspondência, cuja liberdade é reconhecida pelo art. 5º, XII. Na verdade, a expressão correspondência é muita vez considerada sinônima de carta. Todavia, a técnica deu ao homem outros meios de corresponder-se com os demais, que se devem enquadrar no mesmo regime. A comunicação por meio dessas novas técnicas, dado o caráter das mesmas, dificulta o sigilo, que, todavia, deve ser mantido. É inviolável, proclama o mencionado dispositivo constitucional.

Abre, todavia, exceção quanto às comunicações telefônicas. Estas podem sofrer restrição em sua inviolabilidade com objetivos de investigação criminal ou instrução processual penal.

A restrição tem sido defendida pela doutrina e adotada em alguns sistemas jurídicos em face dos crimes de sequestro e de narcotráfico, em especial, cuja investigação não pode desprezar a escuta telefônica, muitas vezes único meio para a solução de tais crimes.

Ainda assim a escuta somente poderá realizar-se por ordem judicial, nas hipóteses e na forma previstas em lei.

A regra, portanto, continua sendo a inviolabilidade das comunicações por quaisquer meios. Isto se reforça pela disposição constitucional que proíbe apresentação de “provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, LVI).

A manifestação mais comum do pensamento é a palavra falada, pela qual alguém se dirige a pessoa ou pessoas presentes para expor o que pensa. Essa liberdade é consagrada pelo art. 5º, IV e V. Na verdade, é ela uma das principais de todas as liberdades humanas por ser a palavra uma das características fundamentais do homem, o meio por que este transmite e recebe as lições da civilização. A liberdade de palavra, todavia, não exclui a responsabilidade pelos abusos sob sua capa cometidos.

Outra forma de manifestação do pensamento é a pela palavra escrita, destinada a pessoas indeterminadas, divulgada por meio de livros, jornais e revistas. Durante longos séculos, todas as publicações dependeram de autorização governamental, cientes os poderosos do tempo da força da palavra escrita, o meio de comunicação de massa ao tempo existente. Essa autorização só era dada após a censura da obra, que, conforme o tempo, se fazia com rigor maior ou menor.

Por atingir talvez bem de perto os enciclopedistas e iluministas que inspiraram a Revolução de 1789, esta se preocupou em proscrever a censura. A Constituição brasileira (art. 5º, IX) veda a censura da palavra escrita. Declara independente de censura ou licença do Poder Público a “expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação”. Proíbe, todavia, o anonimato (não o pseudônimo).

A garantia vem reforçada no capítulo “Da comunicação social”, dispondo o art. 220 que “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

Com relação à imprensa, deve-se assinalar que o art. 222 da Constituição veda ao estrangeiro ser dono, orientador ou responsável de empresa jornalística ou de radiodifusão. Na verdade, só aos brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos é que pode caber a orientação ou responsabilidade de tais empresas.

7. A LIBERDADE DOS ESPETÁCULOS E DIVERSÕES

A liberdade de pensamento implica também a liberdade dos espetáculos e diversões públicas. A propósito de espetáculos e diversões públicas — assinala mui justamente Colliard (*Les libertés*, cit., n. 354) — três liberdades de caráter diferente podem estar em jogo: a liberdade de expressão do pensamento (do autor), a liberdade de empresa (do empresário) e a liberdade de trabalho (do ator). Evidentemente só a primeira é que cabe aqui discutir.

Os espetáculos e diversões, aqui incluídos rádio, televisão e cinema, são meios de transmissão de ideias que atingem de pronto, e eficazmente, numeroso grupo de indivíduos, podendo-lhes inspirar, antes que a prevenção seja possível, comportamento antissocial, ou contrário à paz e ordem públicas. Qualquer observador pode notar a diferente influência, a curto prazo, entre a propaganda, congelada no papel, e a propaganda viva e quente que entra pelos ouvidos — no caso do rádio — e pelos olhos e ouvidos — no caso do teatro, do cinema, da televisão.

Essa diferença de repercussão imediata é que tem justificado a diferença de tratamento, fazendo depender de censura os espetáculos e diversões públicas.

A Constituição em vigor banuiu a censura. Efetivamente no § 2º do art. 220 dispõe: “É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

Contudo, deferiu à lei ordinária regular as diversões e espetáculos públicos. Ao Poder Público incumbe informar sobre a natureza das diversões e espetáculos classificando-os por faixas etárias a que não se recomendem, bem como definir locais e horários que lhes sejam inadequados. Caberá também à lei estabelecer meios de defesa das pessoas e das famílias quanto a programas de rádio e de televisão que descumpram os princípios determinados no art. 221, I a IV, como, por exemplo, “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família” (arts. 220, § 3º, e 221).

Não será, contudo, fácil a determinação dos “valores éticos e sociais” que deverão ser respeitados nos programas de rádio e televisão. É extremamente difícil, por exemplo, estabelecer a diferença entre arte e pornografia, tema que tem ensejado polêmica e pleitos célebres. A esse respeito é interessante examinar os critérios usados pela Suprema Corte americana.

8. A LIBERDADE DE ENSINO

Ainda entre várias formas de liberdade de expressão do pensamento está a liberdade de ensino, isto é, poder o mestre ensinar aos seus discípulos o que pensa, não podendo ser coagido a ensinar o que os outros pensam ser correto. A Constituição reconhece expressamente a liberdade de comunicação de conhecimento no exercício do magistério (art. 206, II).

9. A LIBERDADE DE REUNIÃO

Próxima ainda da liberdade de expressão do pensamento, mas algo distinta, está a liberdade de reunião, consagrada no art. 5º, XVI.

Reunião, no texto constitucional, significa um agrupamento de pessoas, organizado mas descontínuo, para intercâmbio de ideias ou tomada da posição comum. O agrupamento, para ser reunião, deve ser organizado, ou seja, ter uma direção e englobar pessoas unidas por uma intenção comum. Não é, pois, reunião, um grupo formado por circunstâncias fortuitas ou pela contiguidade no espaço, como, por exemplo, os curiosos que se agrupam num caso de acidente na rua, ou os que se veem no mesmo lugar, à mesma hora, à espera da mesma condução, porque em ambos os casos não há a intenção, nem pávida, de estarem uns com os outros para com outros trocar ideias ou firmar posição comum. Contudo, só é reunião o agrupamento descontínuo, ou seja, passageiro. Se o agrupamento adota laços duradouros

passa da reunião para o campo da associação.

No Direito brasileiro a reunião é livre, desde que seus participantes estejam desarmados, e se faça em locais abertos ao público independentemente de autorização. A restrição que se impõe concerne ao respeito a outra reunião que se dê no mesmo local. A autoridade competente deverá ser comunicada do local, data e horário da reunião.

Da proibição, é claro, cabe controle judiciário. No caso de locais particulares, a proibição só pode ser excepcional, por motivo grave e imperioso. Se a intenção policial for a de frustrar a reunião, seu comportamento é até criminoso, como o é a reunião em lugar vedado. Essa realização constitui, em face do direito vigente, crime de responsabilidade.

10. A LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO

A liberdade de associação, a que tanto se apegam os liberais contemporâneos, não se encontra reconhecida nas primeiras declarações. Essa omissão se explica em virtude da influência de Rousseau, como é sabido, contrária a todo agrupamento que se imiscuisse entre o indivíduo e o Estado. Por outro lado, a legislação ordinária era mesmo hostil às associações, pondo sua existência à mercê do governo.

No decurso do século XIX, porém, essa posição foi revista, por influência especialmente de Stuart Mill e do Conde de Tocqueville. Este, na verdade, soube convencer os constituintes de que a formação de associação para a defesa de interesses coletivos era a melhor maneira de se impedirem os males do governo das massas.

O Direito brasileiro mostra reflexos dessa evolução. A Carta de 1824 não reconhecia entre os direitos e garantias fundamentais o de associação, o que só foi feito pela Constituição de 1891, quando a revisão do pensamento liberal a esse respeito já se firmara.

A Constituição em vigor (art. 5º, XVII a XXI) a reconhece como era de esperar: “É plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”. Nenhuma associação poderá ser dissolvida, senão em virtude de decisão judicial, com trânsito em julgado.

Destarte, é direito individual o de coligar-se com outras pessoas, para fim lícito, estabelecendo organização estável com direção unificante e dando origem a nova pessoa jurídica.

O direito de associação para objetivos não proscritos pela lei penal é, como se depreende do texto acima, indiretamente garantido. De fato, a garantia não existe propriamente para o direito individual a associar-se, mas para a existência da associação criada.

A Constituição confere legitimação ativa às associações, quando autorizadas, para representação de seus filiados quer judicial quer extrajudicialmente.

11. A LIBERDADE DE PROFISSÃO E DE TRABALHO

Outra liberdade reconhecida é a de profissão, que compreende, na sistemática da Constituição vigente (art. 5º, XIII), a de trabalho ou de ofício.

Como expressão lídima da liberdade individual, cada um tem o direito de trabalhar no ofício que lhe agrada, para o qual tiver aptidão. Rejeita-se assim o privilégio de profissão, anteriormente consagrado em prol das corporações de ofício.

Apenas admite a Constituição as restrições a essa liberdade indispensáveis para a salvaguarda do interesse público. De fato, consente que a lei ordinária imponha “qualificações profissionais”.

A liberdade de trabalho, por outro lado, recebe certas limitações, destinadas a proteger o próprio trabalhador e a sociedade contra abusos. São limitações concernentes às condições do trabalho, previstas no art. 7º da Constituição.

12. A LIBERDADE DE AÇÃO

Pode-se ainda mencionar entre as liberdades a de ação, em geral. Esta, de certo modo, já foi examinada a propósito do princípio de legalidade. Essa liberdade é a de fazer ou não fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. Deflui inexoravelmente do art. 5º, II: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

13. A LIBERDADE SINDICAL

Paralelamente à liberdade de associação deve ser tratada a liberdade sindical, ou seja, a liberdade de aderir a um sindicato, ou não. Essa liberdade é expressamente reconhecida pela Constituição no art. 8º, não sendo, pois, lícito restringir a liberdade do trabalhador por ser este sindicalizado, ou por não ser. Tal preceito veda, portanto, o estabelecimento, embora disfarçado, do corporativismo entre nós.

14. O DIREITO DE GREVE

Reconhece também a Constituição (art. 9º) o direito de greve.

O direito de greve, enquanto direito de não trabalhar, decorreria do art. 5º, II — a liberdade de ação. A greve, isto é, a inação, poderia ter consequências contrárias ao trabalhador que recorre a ela como último recurso, permitindo sua dispensa etc. O reconhecimento do direito de greve lícita implica, portanto, exonerar o trabalhador dos prejuízos que advenham de sua inação.

A greve, na verdade, é um recurso à coação que logicamente não deveria encontrar lugar num estado de direito, mormente se nele existe uma justiça do trabalho. Historicamente, porém, tem sido um dos meios mais eficazes para a melhoria das condições de vida do trabalhador, que tem ao direito de greve um apego quase mítico.

Esse recurso, todavia, é perigoso e prejudicial, sob certo prisma, à coletividade. Perigoso porque põe em risco a ordem pública, sendo os grevistas facilmente levados, como as massas em geral, a distúrbios. Prejudicial porque fere a economia nacional, podendo causar até prejuízos irreparáveis para a mesma. É normal, portanto, que a lei procure restringir e regulamentar o recurso à greve, proibindo-a mesmo nos serviços públicos e nas atividades que a lei considerar essenciais, como o previa a Constituição anterior, no art. 162.

A atual não o faz, porém. Estabelece apenas que a lei, no tocante a certos serviços ou atividades essenciais, disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

O direito de greve, a paralisação coletiva do trabalho, não restringe o direito de trabalhar de ninguém. Quem não quiser aderir à greve tem o direito de trabalhar, direito que a lei e o Estado devem garantir.

15. OS DIREITOS RELATIVOS À SEGURANÇA: O RESPEITO AOS DIREITOS ADQUIRIDOS

Dos direitos relativos à segurança do indivíduo, uns concernem aos seus direitos subjetivos em geral, outros apenas à sua segurança pessoal.

Dentre os que interessam aos direitos subjetivos em geral, o primeiro é o direito à legalidade, consubstanciado no art. 5º, II, e já duas vezes examinado (v. n. 10 do Cap. 31, e n. 12 deste capítulo). Outro é o que a tradição de nosso Direito chama de “direito adquirido”, formulado no art. 5º, XXXVI.

Esse dispositivo estipula que: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

De acordo com a redação atual da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, ato jurídico perfeito é o “já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”. Coisa julgada, “a decisão judicial de que já não caiba recurso”. Direito adquirido, aquele cujo “titular, ou alguém por ele, possa exercer”, assim como aquele “cujo começo de exercício tenha termo prefixo, ou condições preestabelecidas, inalteráveis a arbítrio de outrem”.

Destarte, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são respeitados como fontes de direitos subjetivos adquiridos. O fundamental, pois, é a proteção destes para a segurança das relações jurídicas.

Note-se, todavia, que o respeito aos direitos adquiridos não veda a sua restrição, nem mesmo sua eliminação por lei posterior à sua aquisição. Apenas significa que essa restrição ou supressão só tem efeitos para o futuro. Do contrário o legislador seria praticamente impotente, já que toda alteração de leis, ou edição de novas, atinge, do instante da publicação em diante, direitos adquiridos. Destarte, não há direito adquirido à permanência de um estatuto legal.

16. O RESPEITO À LIBERDADE PESSOAL

Dos direitos relativos à segurança pessoal o mais importante é o que enumera o art. 5º, LXI. Nele firmemente se resguarda a liberdade pessoal ao se proibirem as prisões, a não ser “em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judicial competente...”. Impede-se assim o arbítrio a sacrificar imotivadamente a liberdade individual. Esta matéria se relaciona diretamente com o *habeas corpus*.

A Constituição, no entanto, excepciona os casos de transgressão militar ou de crime propriamente militar, em que a prisão poderá dar-se por ordem de autoridade administrativa competente.

17. A INVIOLABILIDADE DA INTIMIDADE

A Constituição vigente inova ao tornar explícitos os chamados “direitos à integridade moral”, no dizer de Limongi França, conforme já mencionado.

“São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Assim, embora já reconhecidamente consagrados no Direito pátrio, tais direitos explicitados no texto constitucional atual não mais padecerão de quaisquer dúvidas, reforçados ainda pela garantia de indenização.

18. A INVIOLABILIDADE DO DOMICÍLIO

Dentre outros direitos relativos à segurança pessoal o primeiro é a inviolabilidade do domicílio, isto é, da residência do indivíduo. Essa inviolabilidade, que a Constituição consagra no art. 5º, XI, consiste em ser vedada a entrada a quem quer que seja sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, e para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

As hipóteses, portanto, em que o domicílio pode ser invadido sem o consentimento do morador, durante a noite, foram taxativamente enumeradas pelo constituinte, enquanto, durante o dia, a questão é deixada ao critério do juiz.

19. A SEGURANÇA EM MATÉRIA PENAL

A Constituição brasileira preocupou-se profundamente em assegurar os direitos do indivíduo em matéria penal. Tanto assim que abundam no art. 5º regras que ficariam melhor no Código de Processo ou no Código Penal. E de roldão com regras importantes foram constitucionalizados dispositivos de importância menor.

Amontoam-se nos vários itens do art. 5º regras de processo penal, de importância variável. Nesse rol se inclui o princípio da comunicação de toda prisão ao juiz competente, o da responsabilização das autoridades coatoras (inc. LXII), o da plena defesa (inc. LV), a proibição dos juízes e tribunais de exceção (inc. XXXVII), a instituição do júri (inc. XXXVIII). E, ao lado desses, outros de direito substantivo de interesse dessemelhante: o da anterioridade da lei penal (inc. XXXIX), da individualização da pena (inc. XLVI), da proibição de penas que ultrapassem a pessoa dos delinquentes (inc. XLV), da proibição das penas de banimento, de prisão perpétua, de trabalhos forçados, de morte, exceto quanto a esta última os casos previstos, na legislação penal, para a guerra externa (inc. XLVII), a proibição da prisão civil, salvo como sanção para o inadimplemento de obrigação alimentar e para a infidelidade de depositário (inc. LXVII).

Deve-se, ainda, destacar entre os princípios relativos à segurança em matéria penal o da não extradição de estrangeiro em razão de crime político, ou de opinião, e em caso algum de brasileiro nato (incs. LI e LII). De importância também seria o da assistência judiciária pelo Estado aos necessitados, se o inc. LXXIV não o encarasse como mera concessão do poder público.

No afã de tentar coibir determinados crimes, como a prática de racismo, e a ação de grupos civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado democrático, a Constituição tornou-os crimes inafiançáveis e imprescritíveis (art. 5º, XLII e XLIV).

Ora, a imprescritibilidade criminal repugna à sensibilidade da comunidade jurídica. Um sistema jurídico equilibrado não deveria consagrar uma situação de incerteza indeterminada. Configura um contrassenso ao lado da disposição que prescreve a inexistência de penas de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, b). Se a pena deverá ter duração determinada, a possibilidade de efetivação da punição penal não deveria ser perpétua.

20. OS DIREITOS CONCERNENTES À PROPRIEDADE: CONSIDERAÇÕES GERAIS

Os direitos fundamentais referentes à propriedade estão num plano intermediário entre os que concernem à liberdade e os que dizem respeito à segurança, já que ela ao mesmo tempo toca a uma e outra. De fato, ela é instrumento da liberdade e garantia de segurança, na medida em que torna possível ao indivíduo realizar o que quer, e o resguarda contra a necessidade e a incerteza do amanhã.

A crítica socializante vê na propriedade a fonte da escravização do homem pelo homem e pretende que sua abolição libertaria todos os indivíduos de seus grilhões. Essa posição, que tem contra si a experiência dos séculos, tem contra si também o exemplo atual dos países dominados pelos partidos comunistas onde o preço pela libertação dos grilhões da propriedade foi a completa prisão aos grilhões do partido.

Sem dúvida, a propriedade não é sagrada, como afirmava a Declaração de 1789. É um direito fundamental que não está nem acima nem abaixo dos demais. Deve, como os demais, sujeitar-se às limitações exigidas pelo bem comum. Pode ser pedida em favor do Estado quando o interesse público o reclamar, como a vida tem de ser sacrificada quando a salvação da pátria o impõe. Pode ser recusada quanto a certos bens cujo uso deva ser deixado a todos, quando a exploração deles não convém que se faça conforme a vontade de um ou de alguns cidadãos. Tem de ser respeitada, porém, até que se prove existir liberdade sem ela como instrumento, segurança sem ela como garantia.

21. O DIREITO DE PROPRIEDADE

A Constituição brasileira, art. 5º, XXII, XXIII e XXIV, reconhece o direito de propriedade, cujo uso deverá ser condicionado ao bem-estar social. Esse direito é garantido pela exigência de que toda expropriação se faça mediante prévia e justa indenização, que em princípio deve ser paga em dinheiro.

Que significa, porém, propriedade, objeto desse direito fundamental, no art. 5º, XXII, da Constituição?

É esse o primeiro problema com que o exegeta se tem de defrontar. A primeira tentação é a de dar ao termo o sentido com que o toma o Direito Civil — direito de usar, gozar e dispor de uma coisa. Se essa fosse a interpretação verdadeira, os demais direitos patrimoniais — os créditos, por exemplo — não seriam constitucionalmente garantidos, podendo ser expropriados sem indenização. Ora, isso seria absurdo na medida em que a propriedade imóvel não é mais a única fonte de riqueza almejada e em que créditos constituem a fortuna de muitos ricos, o pecúlio de alguns pobres. Daí ser lição corrente na doutrina que, referindo-se à propriedade, quis o constituinte dizer direito de conteúdo econômico, direito patrimonial. Assim, a Constituição, no art. 5º, XXIV, consagra o direito fundamental de não ser alguém despojado de direitos de seu patrimônio, sem justa indenização. Esse entendimento é também o da jurisprudência.

22. A DESAPROPRIAÇÃO E A INDENIZAÇÃO

Dos direitos fundamentais talvez seja a propriedade o que mais deva ao Estado. De fato, o senhorio do homem sobre as coisas, numa larga medida, é uma benesse do Estado que o protege contra a cobiça dos outros homens. Sem polícia, sem justiça, de que valeria a propriedade?

Isso justifica que a propriedade particular seja transferida, por ato de vontade do Estado, ou para ele próprio, ou para entidade de interesse público, sempre que tal seja imperativo de necessidade ou interesses públicos, ou do interesse social. Essa transferência, porém, há de ser indenizada e pelo justo valor, para que um indivíduo só não arque com o preço do que vai beneficiar a todos. À desapropriação, ou expropriação — ato por que o Estado toma para si, ou transfere a outra pessoa, bens de particular, ainda que contra a vontade deste —, é inseparável a indenização, ou seja, a reparação, a retribuição, pela diminuição do patrimônio individual. A indenização, na verdade, é que distingue a desapropriação do confisco, ato por que o Estado toma bens alheios para si, sem retribuição.

A Constituição e o bom-senso mandam que a indenização seja justa. Daí decorre que ao patrimônio do expropriado deve voltar o valor do bem desapropriado. Nota-se que esse valor para haver reparação justa deve ser, normalmente, o preço que o bem alcançaria, se vendido no mercado livremente. Pode ser, contudo, menor, na medida em que se possa medir o proveito que para o expropriado advenha da passagem desse bem para a propriedade pública. Destarte, não é absurdo

pretender que, por exemplo, seja deduzido do preço a ser pago por terras desapropriadas para abertura de estrada a valorização trazida às terras remanescentes, por essa nova rodovia.

Ser justa a indenização é o que importa. A exigência de ser ela “em dinheiro” é secundária. Sem dúvida é uma garantia que o constituinte procurou estabelecer contra a má-fé de governantes que esvaziassem a justiça da indenização, pagando-a em títulos de prazo longo e juros irrisórios, cuja substância se perdesse pela inflação. A correção monetária, em bases reais, elimina o principal desses inconvenientes. O pagamento da indenização em títulos somente é admitido em duas hipóteses — quando o bem desapropriado é destinado à reforma agrária (art. 184), ou quando ocorrer o descumprimento da função social pelo imóvel urbano (art. 182, § 4º, III). Neste caso, como uma etapa de um procedimento complexo.

23. OS FUNDAMENTOS DA DESAPROPRIAÇÃO

A desapropriação, como se assinalou, há de fundar-se em “necessidade pública”, “utilidade pública” ou “interesse social”.

Há necessidade pública sempre que a expropriação de determinado bem é indispensável para atividade essencial do Estado. É o que sucede, por exemplo, quando o Estado precisa de determinada área de terra para a construção de bases militares em ponto estratégico.

Há utilidade pública quando determinado bem, ainda que não seja imprescindível ou insubstituível, é conveniente para o desempenho da atividade estatal. É o que acontece, *verbi gratia*, quando o Estado, entre vários imóveis aptos a abrigar um serviço qualquer, escolhe um deles e o desapropria por sua utilidade.

Entende-se existir interesse social toda vez que a expropriação de um bem qualquer for conveniente para a paz, para o progresso social ou para o desenvolvimento da sociedade. Para a paz, a fim de estancar uma fonte de atritos sociais, por exemplo, indústria gerida sem respeito pelos direitos do trabalhador. Para o progresso social, *verbi gratia*, para a difusão da propriedade. Para o desenvolvimento, por exemplo, para permitir exploração mais racional de bem valioso para toda a comunidade.

O interesse social só recentemente foi admitido como fundamento de desapropriação. Na verdade, no Direito Constitucional brasileiro, foi a Constituição de 1946 a primeira a reconhecê-lo como fundamento de expropriação. Outras, porém, o admitem também (v. Guatemala, art. 92 etc.).

A distinção entre esses três fundamentos é de alcance meramente teórico? Há quem o sustente, já que a apreciação da existência de necessidade, de utilidade pública ou de interesse social é um ato discricionário do poder público não suscetível de controle intrínseco pelo Judiciário. Destarte, o que importa é a manifestação da vontade do Estado de retirar determinado bem do patrimônio de um particular para somá-lo ao seu ou ao da empresa de interesse público.

Contra essa opinião, está a de Pontes de Miranda (v. *Comentários*, cit., art. 141, § 16) e outros, segundo os quais o controle do fundamento da desapropriação não refoge ao campo do Judiciário, ao menos no Brasil, por força do art. 5º, XXXV.

A jurisprudência e a maioria dos autores, ao menos no Brasil, sempre apoiaram a primeira tese. De fato, seria erigir o Judiciário em supergoverno admitir que ele possa negar necessidade pública etc. onde o governo a reconheceu.

Hoje, porém, a questão se apresenta com gravidade aumentada. O fundamento da desapropriação influi sobre a forma de indenização. Por exemplo, baseá-la na utilidade pública, na necessidade

pública ou mesmo em interesse social outro que a disseminação da propriedade rural tem por consequência indenização em dinheiro; baseá-la no interesse social de difundir a propriedade rural tem por consequência indenização em títulos. Impedir que o Judiciário conheça do fundamento da expropriação seria permitir eventualmente abuso do governo e fraude à Constituição com prejuízo do expropriado.

Como já se viu, o pagamento da indenização deve ser feito em dinheiro, salvo no caso de reforma agrária ou de descumprimento de função social por imóvel urbano.

Uma solução intermediária se impõe. O Judiciário não pode discutir se há, no caso, necessidade, utilidade pública ou interesse social. Essa é uma apreciação política que deve caber aos órgãos propriamente políticos: o governo e o Legislativo. Pode ele, todavia, examinar em qual dos fundamentos constitucionais se enquadra o motivo alegado para a expropriação, visto que aí não mais se trata de apreciação de conveniência mas de verificação da adequação de fato à norma, o que é do próprio objeto da função jurisdicional.

24. AS EXCEÇÕES À INDENIZAÇÃO PRÉVIA: A REQUISICÃO

A indenização, qualquer que seja o fundamento da expropriação, deve ser prévia. Com isso o constituinte busca impedir que o patrimônio particular fique sequer por um instante diminuído por força da expropriação. Tal não impede, todavia, que lei ordinária fixe critério justo e objetivo para a estipulação da quantia a ser depositada previamente, sempre que a urgência da imissão na posse do poder público no bem expropriado for tal que não possa esperar a avaliação judicial.

Pode suceder, porém, que o retardamento seja tão pernicioso para o interesse geral, que se imponha o uso pelo poder público do bem particular antes do depósito de qualquer indenização. Nesse caso, não há propriamente desapropriação: existe requisição (art. 5º, XXV). Esta é um ato por que o poder público determina a retirada de um bem do patrimônio particular, para dele usar como entender, mediante indenização justa e posterior. Difere do confisco por prever indenização, da desapropriação comum principalmente por ser posterior à indenização.

A Constituição de 1988 não enumera taxativamente as hipóteses em que cabe a requisição. Subordina-a a perigo público iminente. A Constituição de 1946 exemplifica o que entendia por perigo de gravidade extrema: guerra e comoção intestina. A atual não o faz. Deve-se, porém, entender que não só ações humanas, como guerra, ou revolução, justificam as requisições. Fatos da natureza também: inundações, epidemias, catástrofes etc.

A requisição nem sempre transfere o bem requisitado para o patrimônio público. Pode transferir apenas o seu uso temporário. Na eventualidade de uma inundação, por exemplo, pode o poder público requisitar imóveis para abrigar as vítimas das águas temporariamente, e, finda a necessidade, devolvê-los a seu dono. Em tal caso, deve indenizar pelo uso — como pagar aluguel e indenizar deteriorações.

Claro está que, sendo impossível ou inviável a devolução do bem requisitado a seu dono, a requisição importa na perda da propriedade; portanto, equivale a uma desapropriação.

25. OS DIREITOS DO INVENTOR

A Constituição vigente cuidou de resguardar os direitos do inventor assegurando-lhe o privilégio temporário de explorar o invento (art. 5º, XXIX). Assim, busca recompensar o esforço do inventor, impedindo que outros dele usem, beneficiando-se gratuitamente com o trabalho alheio. Em face do art. 5º, XXIX, durante prazo que a lei ordinária haverá de fixar, o emprego de uma invenção só se fará com

autorização do inventor, que poderá exigir remuneração por esse uso, ou mesmo ceder o direito de usar dela mediante certo preço.

Manteve a nova Carta Magna a supressão da menção à possibilidade de o invento ser vulgarizado, abrindo-se a sua utilização a qualquer um, mediante concessão pelo poder público de “justo prêmio” ao inventor. Deve-se, portanto, entender que a vulgarização dos inventos é ainda hoje possível mas por meio de desapropriação por interesse social, com pagamento de prévia e justa indenização em dinheiro.

Esta solução é a preferível, mesmo porque a respeito do que se devia entender por “justo prêmio” duas correntes se digladiavam, uma sustentando que o “justo prêmio” era de fato um prêmio simbólico, outra, que era a indenização do que deixaria de lucrar em virtude da vulgarização.

26. A PROPRIEDADE DAS MARCAS DE INDÚSTRIA E COMÉRCIO

O art. 5º, XXIX, consagra também como direito fundamental a propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do uso de nome comercial. Sem dúvida, essas formas de propriedade, esses direitos aí reconhecidos, são importantes para a estrutura econômica sobre a qual se ergue nossa Constituição. É indiscutível exagero, porém, incluí-los no rol dos direitos fundamentais. Por outro lado, a Constituição não lhes atribui garantia especial, de modo que sua enunciação no art. 5º não impede que a lei ordinária fixe o seu conteúdo.

27. OS DIREITOS DE AUTOR

Enfim, a Constituição consagra o direito do autor de obras literárias, artísticas ou científicas, sobre a própria obra, de onde lhe decorre a exclusividade de reprodução e de alteração.

Enquanto direito de não ser alterada a própria obra sem sua autorização, o direito de autor se prende à liberdade de manifestação do pensamento. É a proibição de que a expressão de seu pensamento criador e artístico seja deturpada.

Quanto ao direito de reprodução (art. 5º, XXVII), que tem conteúdo econômico e, portanto, se incorpora ao patrimônio do autor, tem ele duração limitada no tempo. Sobrevive ao autor mas em favor dos herdeiros deste persiste apenas durante certo lapso de tempo. A razão dessa restrição é o relevante interesse da comunidade na difusão das obras máximas de cultura. Antes de transcorrido esse prazo, porém, como “propriedade”, o direito de reprodução pode ser vendido, cedido, desapropriado (mediante prévia e justa indenização em dinheiro) etc.

28. DIREITO À HERANÇA

A Constituição, no inc. XXX do art. 5º, garante o direito à herança, que antes apenas disciplinado na lei civil, se eleva agora à dignidade constitucional.

29. APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS

Vislumbrou o legislador constituinte uma possibilidade de tornar efetivos os direitos consagrados na Constituição de 1988. Para tanto dispôs que “as normas definidoras dos direitos e garantias

fundamentais têm aplicação imediata”.

Louve-se a intenção dos constituintes, qual seja a de tentar impedir que os direitos não permaneçam como letra morta na Constituição, mas ganhem efetividade.

Contudo, o caminho escolhido não é suficiente em si para atender o objetivo colimado.

É lição da doutrina clássica, totalmente aceita, a de que nem toda norma constitucional é suscetível de aplicação imediata.

Donde se pode perfeitamente inferir que uma norma constitucional, mesmo definidora de direitos ou garantias fundamentais, somente pode ser aplicada se for completa.

O tema se liga à distinção entre normas “autoexecutáveis” ou “bastantes em si”, e normas “não autoexecutáveis” ou “não bastantes em si”. As primeiras são suscetíveis de aplicação imediata porque são completas, dispensando regulamentação, enquanto as segundas, por falta de regulamentação, são inaplicáveis.

Cooley ensina: “Pode-se dizer que uma norma constitucional é autoexecutável, quando nos fornece uma regra, mediante a qual se possa fruir e resguardar o direito outorgado, ou executar o dever imposto; e que não é autoaplicável, quando meramente indica princípios, sem estabelecer normas por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei” (apud Rui Barbosa, *Comentários à Constituição Federal*, São Paulo, Saraiva, 1933, v. 2, p. 495).

Para Rui, são “autoexecutáveis” “as determinações para executar, as quais não haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquelas onde o direito instituído se ache armado por si mesmo, pela própria natureza, dos seus meios de execução e preservação” (*Comentários*, cit., p. 488).

São “não autoexecutáveis” aquelas que “não se revestem de meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos que outorgam, ou os encargos que impõem: estabelecem competência, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a legislatura, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem” (*Comentários*, cit., p. 489).

A leitura dos vários incisos do art. 5º facilmente demonstra a existência de normas definidoras de direitos “bastantes em si”, ao lado de muitas outras normas “não bastantes em si”.

A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem por limite a natureza das coisas. Isto é, não pode ter aplicação imediata, diga o que disser a Constituição, uma norma incompleta. E a melhor prova disto é que a Constituição, que no art. 5º, § 2º, afirma solenemente a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, prevê no mesmo art. 5º, LXXI, um mandado de injunção para o caso em que direitos, liberdades e prerrogativas fundamentais inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania não podem ser exercidos por falta de norma regulamentadora...

Em conclusão, somente podem ter aplicação imediata normas completas, suficientemente precisas na sua hipótese e no seu dispositivo, para que possam ter a plenitude da eficácia.

30. DIREITOS SOCIAIS

Como é da tradição de nosso direito desde 1934, a Constituição consagra direitos sociais. São estes direitos a prestações positivas por parte do Estado, vistos como necessários para o estabelecimento de condições mínimas de vida digna para todos os seres humanos. Costumam ser apontados como a segunda geração dos direitos fundamentais.

São eles enunciados no art. 6º.

Entre os direitos sociais explícitos, já estavam na redação primitiva da Constituição o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança e à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados. A eles a Emenda n. 26/2000 acrescentou o direito à moradia.

A Emenda Constitucional n. 64/2010 acrescentou ao rol dos direitos sociais o direito à alimentação.

Os direitos sociais são de grande relevância no Estado social de Direito que consagra a atual Constituição ao falar imprecisamente em Estado democrático de Direito. Como ensina Jorge Miranda, esta última expressão, obscura e ambígua, deve ser entendida como sinônima daquela, mais clara e mais usada no direito comparado.

A implementação de tais direitos, porém, oferece não raras dificuldades, eis que ela depende da disponibilidade de meios suficientes, com que nem sempre conta o Poder Público. Por isto, são eles condicionados pela cláusula, ou como hoje se diz, pela “reserva do possível”. Esta traduz a verdade já afirmada pelos romanos — *impossibilia nemo tenetur* —, ou seja, ninguém está obrigado a fazer coisas impossíveis.

31. DIREITOS DE SOLIDARIEDADE

A Constituição enuncia também alguns direitos de solidariedade. Estes são projeções recentemente identificadas dos direitos fundamentais. Deles estão na Lei Magna o direito ao meio ambiente (art. 225) e o direito da comunicação social (art. 220). Esses direitos são difusos, na medida que não têm como titular pessoa singularizada, mas “todos” indivisamente. São direitos pertencentes a uma coletividade enquanto tal.

Constituem, como já se viu, a chamada “terceira geração” dos direitos fundamentais. Vieram a ser consagrados no plano internacional, antes de virem a sê-lo no plano constitucional.

Capítulo 33 - OS REMÉDIOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL

OS REMÉDIOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL

SUMÁRIO: 1. Considerações gerais. 2. O *habeas corpus* no Direito inglês. 3. Na história constitucional brasileira. 4. Na Constituição de 1988. 5. Exclusão do *habeas corpus* no tocante a transgressões disciplinares. 6. O mandado de segurança: origem. 7. Objeto e fundamento. 8. Mandado de segurança coletivo. 9. O direito de petição. 10. Mandado de injunção. 11. Fontes ignoradas. 12. Competência para julgamento. 13. Aspectos fundamentais. 14. A ação popular: objeto. 15. Fontes. 16. A interpretação do art. 5º, LXXIII. 17. A extensão da ação popular. 18. A *causa petendi*. 19. A natureza da ação. 20. Ação civil pública. 21. *Habeas data*.

LEITURA COMPLEMENTAR: Pontes de Miranda, *História e prática do “habeas corpus”*, várias edições, Rio de Janeiro; Castro Nunes, *Do mandado de segurança*, Rio de Janeiro, 1954; Hely Lopes Meirelles, *Ação popular: sua regulamentação e sua natureza*, RDA, 84:1.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

A expressão “remédio de Direito Constitucional” parece não ser das mais felizes, por ser risível a metáfora que encerra. Entretanto, é ela consagrada, para designar “uma espécie de ação judiciária que visa a proteger categoria especial de direitos públicos subjetivos” (Alfredo Buzaid), as chamadas “liberdades públicas”, ou direitos fundamentais do homem. Em lugar dela, muitos preferem usar a expressão “garantias de Direito Constitucional”. O emprego desta expressão não é errôneo. O *habeas corpus*, o mandado de segurança etc., garantem direitos fundamentais. É bem de ver, porém, que, rigorosamente falando, as garantias dos direitos fundamentais são as limitações, as vedações, impostas pelo constituinte ao poder público. O *habeas corpus*, o mandado de segurança etc., são meios de reclamar o restabelecimento de direitos fundamentais violados: remédios para os males da prepotência.

O *habeas corpus* e o mandado de segurança são, contudo, instrumentos de defesa de direitos fundamentais mas remédios que atendem ao interesse pessoal de quem teve violados esses direitos, ou esteja em perigo iminente de sofrer essa violação. Só secundariamente é que tutelam o interesse da coletividade no respeito da ordem jurídica. O direito de petição ou representação e a ação popular, no entanto, tutelam primeiramente o interesse coletivo e secundariamente o individual. Numa certa medida, são direitos de cunho político. Manifestam o interesse de cada um em ver o interesse geral bem administrado.

2. O HABEAS CORPUS NO DIREITO INGLÊS

O *habeas corpus*, apesar do nome latino, é originário da Inglaterra. Sua fonte pode ser identificada no n. 29 da Magna Carta de 1215, que tornava injusta qualquer prisão não estabelecida pela lei ou decretada sem julgamento. Só mais tarde, porém, é que se desenvolveu como um entre remédios contra as prisões injustas o *writ*, ou mandado, que se tornaria conhecido pelas duas primeiras palavras de sua fórmula em latim: *habeas corpus* (tomes o corpo). “Tomes o corpo do detido e venhas submeter ao Tribunal o homem e o caso”, dizia a fórmula do *writ*, que era concedido a princípio apenas pela *Court of King’s bench*.

No Direito inglês, o *habeas corpus* só protegia a liberdade pessoal, o *jus manendi, ambulandi, eundi ultro citroque*, a liberdade de ir e vir. Somente no século XVII, porém, logrou firmar-se. A “Petição de Direitos” (1628) reclamava o seu restabelecimento irrecusável, mas, apesar de anuência do monarca à petição, apoiadas em precedentes, as cortes persistiam em denegar o *habeas corpus* em casos de prisão ilegal, especialmente se esta fosse determinada *per speciale mandatum regis*. Somente a lei do *habeas corpus* (1679) é que veio consolidar essa medida, estipulando pesadas sanções contra quem o descumprisse, se expedido o mandado, ou se recusasse a expedi-lo, havendo justo motivo. Daí em diante não mais se recusou que pudesse a ordem ser expedida inclusive em favor dos presos por mandado do rei. Todavia só atendia às pessoas privadas da liberdade se acusadas de crime. Apenas a Lei de 1816 é que estendeu o *habeas corpus* a todos os casos de constrangimento ilegal.

Do Direito inglês, o *habeas corpus* passou para o Direito das colônias da América do Norte, que não o abandonaram proclamada a independência. Na verdade, a Constituição Federal (art. 1º, Seção 9ª) o reconheceu como pertencente ao ordenamento jurídico nacional. Nos Estados Unidos, porém, assinala entre outros Cooley, tem sido ele encarado com amplitude maior, considerando-se com latitude o que se deve entender por liberdade pessoal, direito que tutela.

3. NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

No Direito brasileiro, o *habeas corpus* foi acolhido ainda no primeiro Império. De fato, o Código Criminal de 1830 o esboçou, embora propriamente só o Código de Processo Criminal, de 1832, art. 340, o criasse. Dirigia-se contra prisão ou constrangimento ilegal e somente podia beneficiar brasileiros. Em 1871, todavia, a Lei n. 2.033 o estendeu aos estrangeiros.

Direito constitucional, porém, apenas a Constituição de 1891 o tornou. Fê-lo no art. 72, § 22, em termos mais amplos que os da legislação anterior: “dar-se-á o *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”.

Em virtude disso, pretenderam muitos, com Rui Barbosa à frente, que o *habeas corpus* brasileiro era uma medida de extensão maior que o *habeas corpus* inglês, protetor exclusivamente da liberdade pessoal. Essa extensão era necessária, uma vez que só ela atenderia ao princípio *ubi jus ibi remedium*, pois, do contrário, a quase totalidade dos direitos fundamentais não teria proteção eficaz.

Essa orientação foi, numa certa medida, acolhida pelo Supremo Tribunal Federal. Este, por volta de 1909, firmou jurisprudência no sentido de que deveria conceder-se *habeas corpus* para o restabelecimento de qualquer direito que tivesse como pressuposto a liberdade de locomoção. Ou seja, caberia para garantir a liberdade física e para garantir a liberdade de movimentos necessária ao exercício de qualquer direito, desde que certo e incontestável.

A reforma constitucional de 1926 procurou restringir o *habeas corpus* à liberdade de locomoção, acrescentando essa expressão ao texto primitivo do art. 72, § 22. Essa restrição, porém, só se efetivou com a criação, em 1934, do mandado de segurança.

4. NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Hoje, pois, o *habeas corpus* protege apenas a liberdade de locomoção.

Cabe o *habeas corpus*, que pode ser impetrado por qualquer um e em favor de qualquer um, nacional ou estrangeiro, sempre que alguém esteja privado de sua liberdade de locomoção, ou esteja ameaçado de ver-se privado dela, por violência ou coação fruto de ilegalidade ou abuso de poder. Pode, portanto, ser preventivo o *habeas corpus*. Em qualquer caso, porém, é a ilegalidade, *lato sensu*, da privação ou de sua ameaça que funda o pedido de *habeas corpus*. De fato, o abuso de poder, isto é, o uso abusivo de um poder legítimo, no fundo é uma ilegalidade.

Em si o *habeas corpus* é uma ordem judicial, ordem para que se deixe de cercear, para que não se ameace cercear a liberdade de ir e vir de determinado indivíduo. Ordem que pode ser dirigida a quem quer que restrinja ilegalmente a locomoção alheia. Em geral, dirige-se ela contra o poder público, mas pode, segundo a jurisprudência, dirigir-se contra particular (p. ex., hospital que não permita que pessoa dele se retire sem saldar a conta).

Que o Judiciário possa ordenar, ao próprio Executivo — outro dos “poderes” do Estado, independentes e autônomos, segundo a doutrina de Montesquieu — não deve causar espécie. Não há nisso propriamente violação do princípio da “separação”. No exercício de sua função de aplicar contenciosamente a lei, o Judiciário a aplica, mandando, como manda a lei, que ninguém tenha cerceada a sua liberdade indevidamente. É a lei, pois, quem ordena. O Judiciário apenas cumpre a lei que houvera sido pelo coator desacatada.

5. EXCLUSÃO DO HABEAS CORPUS NO TOCANTE A

TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES

O *habeas corpus* não cabe nas transgressões disciplinares militares. Se o cerceamento da liberdade de locomoção decorre da aplicação de poder disciplinar, previsto na legislação militar, está fora da alçada do Judiciário o seu exame (art. 142, § 2º).

Como assinala Pontes de Miranda (*Comentários*, cit., art. 141, § 23), a transgressão disciplinar tem quatro pressupostos: 1º) “hierarquia”: o transgressor deve estar subordinado a quem o pune; 2º) “poder disciplinar”: a lei deve atribuir poder de punir a esse superior; 3º) “ato ligado à função”: o fundamento da punição tem de ligar-se à função do punido; 4º) “pena”, ou seja, sanção prevista na lei. Se faltar qualquer desses pressupostos, não houve, na verdade, transgressão disciplinar. Daí decorre que o cerceamento da liberdade de locomoção é ilegal, donde deve ser concedida a ordem judicial.

6. O MANDADO DE SEGURANÇA: ORIGEM

O mandado de segurança é uma criação brasileira. Foi ele criado pela Constituição de 1934, art. 113, ignorado pela Carta de 1937, mas restaurado à dignidade constitucional pela Lei Fundamental de 1946 e nela mantido pela de 1967 e de 1988. Ele é hoje regulamentado pela Lei n. 12.016/2009.

Entre suas fontes incluem-se os vários *writs* do Direito anglo-americano e o *amparo* mexicano. Todavia, sua principal fonte foi a doutrina brasileira do *habeas corpus*.

Como se viu atrás (v. n. 3 deste capítulo), de 1891 a 1926 se procurou estender o *habeas corpus* à proteção de direitos outros que não o de locomoção, o que foi alcançado, dentro de certos limites. O Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de conceder *habeas corpus* em favor de qualquer direito lesado, que tivesse como pressuposto a liberdade de locomoção. Isto se o Tribunal entendesse ser “incontestável” o direito, ou seja, não pairar sobre ele dúvida razoável.

A reforma constitucional de 1926 restringiu o *habeas corpus* à liberdade de locomoção, deixando sem proteção especial os demais direitos fundamentais. Para suprimir tal lacuna, muitos projetos foram desde logo apresentados ao Congresso, propondo a criação de remédio para os direitos outros que o de ir e vir. Assim, em 1926, foi apresentado projeto por Gudesteu Pires, objeto em 1927 de substitutivo de Afrânio de Mello Franco, e a este se seguiram muitos outros, como os de autoria de Matos Peixoto, Odilon Braga etc.

Ao mesmo tempo, a doutrina procurava firmar a tese da posse dos direitos pessoais, para que os mesmos fizessem jus aos interditos. Desenvolveu-se acesa polêmica, entre os favoráveis a essa tese, apoiados, sobretudo, no Direito Canônico — Lino Leme, Vicente Ráo etc. — e os contrários, armados com o Direito Romano, Clóvis, Azevedo Marques, Jorge Americano etc.

O problema, porém, só se resolveu com a promulgação da Constituição de 1934, que cria o mandado de segurança, adotando proposta de João Mangabeira. Daí em diante, mesmo de 1937 a 1946, perdura essa medida em nosso Direito. De 1937 a 1946, todavia, sem o caráter constitucional.

7. OBJETO E FUNDAMENTO

O mandado de segurança é remédio específico contra a violação pelo poder público de direito, líquido e certo, outro que o de locomoção ou o acesso a informações pessoais. O seu campo de ação é definido por exclusão: onde não cabe *habeas corpus* ou *habeas data*, cabe mandado de segurança.

Segundo a melhor doutrina, somente contra o poder público pode ser reclamado o mandado. Tal decorre de a Constituição pressupor, no art. 5º, LXIX, uma autoridade como coatora.

No conceito de autoridade coatora sempre se entendeu o agente no exercício específico de serviços públicos. Hoje isto está expresso no texto constitucional que prevê o cabimento do mandado de segurança não só contra autoridade pública como também contra “agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

O fundamento do mandado de segurança é, como no caso do *habeas corpus*, a ilegalidade *lato sensu*, que compreende o abuso de poder.

Pressupõe o mandado de segurança ser líquido e certo o direito violado. “Direito certo e líquido”, ensina Pontes de Miranda, “é aquele que... não precisa ser aclarado com o exame de provas em dilações, que é, de si mesmo, concludente e inconcusso” (*Comentários*, cit., art. 141, § 24).

De modo menos rigoroso se pode dizer que direito líquido e certo é aquele que, à vista dos documentos produzidos, existe e em favor de quem reclama o mandado, sem dúvida razoável. Claro, a dúvida é subjetiva. Não se pode esperar que não exista no espírito de qualquer um. Para que a medida seja deferida, mister se torna que não haja dúvida, no espírito do juiz.

Observe-se que o mandado de segurança ampara todos os direitos líquidos e certos e não apenas os direitos constitucionais, com as exceções acima mencionadas.

8. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

A atual Lei Magna criou a figura do mandado de segurança coletivo dando legitimação ativa para impetrá-lo aos partidos políticos, aos sindicatos, às entidades de classe e às associações.

Somente estarão aptos a utilizar essa faculdade os partidos políticos que contarem com representação no Congresso Nacional.

Quanto às demais instituições, deverão estar, como é óbvio, legalmente constituídas e em funcionamento há mais de um ano.

A lei de regulamentação (Lei n. 12.016/2009) tornou expresso o que já derivava da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ou seja, que o mandado coletivo está sujeito a uma condição de pertinência de interesses. Isso significa que a entidade impetrante deve visar no mandado a garantir um interesse inerente à sua finalidade, ou de seus membros (no todo ou em parte), jamais um interesse que não tenha conexão com estes.

Torna também expresso que o mandado coletivo pode servir à proteção de direitos coletivos e individuais homogêneos.

Enfim, estabelece que a decisão, nesses mandados, somente fará coisa julgada em favor dos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

9. O DIREITO DE PETIÇÃO

O direito de petição, ou de representação, que a Constituição acolhe no art. 5º, XXXIV, tem uma importância apenas psicológica. Serve apenas para permitir que o indivíduo sinta participar da gestão do interesse público, insurgindo-se contra os abusos de quaisquer autoridades e reclamando seu castigo. No fundo, as petições não têm valor prático.

No Direito brasileiro, qualquer um, nacional ou estrangeiro, pode representar a quem de direito, ou seja, o superior ou, não havendo, ao Parlamento, apontando abuso de autoridade e pedindo sua punição. Esse abuso, de que fala a Constituição, deve ser entendido em sentido amplo: é qualquer ato, ou omissão, anormal, praticado ou tolerado por autoridade pública. Por outro lado, não é necessário que o signatário da representação tenha interesse pessoal na repressão do abuso. Mesmo que o abuso

não fira interesse outro que o que tem o bom cidadão em ver corretamente administrada sua terra, tem ele o direito de representar. Enfim, a representação deve ser escrita. É isso que mostra o uso da expressão “petição”, no texto constitucional.

10. MANDADO DE INJUNÇÃO

A prática constitucional tem demonstrado, ao longo do tempo, que alguns dos direitos e liberdades conferidos pela Constituição deixam de efetivar-se em razão da falta de norma regulamentadora que os imple-mente.

Atento a essa circunstância o legislador constituinte cunhou medida inovadora para viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais, entretanto, de alcance bastante limitado.

Trata-se do mandado de injunção previsto no art. 5º, LXXI.

11. FONTES IGNORADAS

Não se consegue identificar no Direito comparado a fonte de inspiração do legislador constituinte, embora medidas com o mesmo nome possam ser encontradas, por exemplo, no Direito inglês e no Direito italiano. Senão, vejamos: o *writ of injunction*, encontrado no Direito inglês e norte-americano, é definido como “uma ordem judicial, editada num caso por equidade” (*in a case in equity*), que determina a uma parte que se abstenha de fazer ou continuar a produzir algo, seja um ato particular, seja uma atividade, porque isto causaria “dano irreparável” (Joel B. Grossman e Richard S. Wells, *Constitutional law and judicial policy making*, 3. ed., New York, Longman, 1988, p. 703).

Trata-se de medida judicial que impõe um não fazer, razão pela qual não pode ser encarado como inspiração do mandado de injunção, cujo objetivo é o exercício de um direito, superando-se a falta de norma regulamentadora.

No Direito italiano há uma *ingiunzione*. No dizer de Roberto Sciacchiato, “trata-se de um instituto processual mediante o qual pode conseguir-se uma decisão de condenação de forma mais simples que a do processo ordinário. Dada esta característica, o procedimento é particularmente útil para os créditos certos e munidos de prova, em relação aos quais o devedor não teria razão para resistir em juízo e poderia fazê-lo, num processo ordinário, somente com finalidade dilatória da condenação” (verbete na *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1971, v. 21).

Vê-se, portanto, que aí também não está a fonte do nosso mandado de injunção.

12. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO

A Constituição brasileira, além de tratar do mandado de injunção no art. 5º, LXXI, a ele se refere nos arts. 102, I, *q*, e 105, I, *h*.

Tais referências dizem respeito à determinação de competência para julgamento pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, dependendo da autoridade ou do órgão que se tenha omitido na elaboração da norma regulamentadora do direito ou liberdade.

13. ASPECTOS FUNDAMENTAIS

O mandado de injunção deu lugar a grande polêmica quanto ao seu alcance.

Isto decorre, sem dúvida, da redação defeituosa do art. 5º, LXXI, da Constituição, que enuncia a hipótese de seu cabimento — “a falta de norma regulamentadora (que) torne inviável o exercício dos

direitos fundamentais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” — mas não esclarece o que resulta de seu deferimento. Ou seja, a redação contém a hipótese, contudo não enuncia o mandamento.

Do texto, sem dúvida, depreende-se ser um remédio destinado a suprir omissão, o que sugeriria dever sua interpretação ajustar-se a outro remédio com a mesma finalidade — a ação de inconstitucionalidade por omissão (v. Cap. 5º, item 21). A diferença estaria em que o escopo do mandado de injunção é mais restrito, pois apenas alcançaria as omissões que afetassem “o exercício dos direitos fundamentais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Essa referência indica que o mandado de injunção cabe para ensejar a aplicação dos direitos, liberdades e prerrogativas vinculados ao *status* de brasileiro (de “nacional”), como os direitos fundamentais a ele reconhecidos (v. art. 5º, *caput*), de integrante do povo soberano (v. art. 1º, parágrafo único) e de cidadão (nacional politicamente ativo), especialmente direito de votar e elegibilidade (v. art. 14).

A polêmica quanto à interpretação tem-se refletido na jurisprudência. Esta, aliás, tem evoluído muito.

O Supremo Tribunal Federal, de início, tratou o mandado de injunção como instrumento análogo à ação de inconstitucionalidade por omissão. Assim, entendeu que seu deferimento levaria simplesmente, se a omissão fosse legislativa, a dar ciência dessa omissão ao Poder competente, mas deveria, se a omissão fosse administrativa, fixar prazo de trinta dias para o suprimento da lacuna (v. Constituição, art. 103, § 2º).

Mais tarde, veio tal Corte a fixar prazo para que o legislador suprisse a omissão, sob pena de, vencido esse prazo, o requerente poder usar do direito, como se completo fosse.

Mais recentemente (2007), o Supremo Tribunal Federal veio a admitir que, por meio de mandado de injunção, se apliquem por extensão as normas estabelecidas para regular uma determinada matéria a outra, análoga, até que o legislador supra a sua omissão. Foi o que fez ao mandar aplicar à greve dos servidores públicos, na medida do possível, as normas aplicáveis à greve no setor privado. O art. 37, VII, da Constituição prevê “lei específica” para regular a greve do setor público, mas, ainda hoje, depois de vinte anos da vigência da Lei Magna, ela não foi editada.

14. A AÇÃO POPULAR: OBJETO

A ação popular é um remédio constitucional nascido da necessidade de se melhorar a defesa do interesse público e da moral administrativa. Inspira-se na intenção de fazer de todo cidadão um fiscal do bem comum.

Consiste ela no poder de reclamar o cidadão um provimento judiciário — uma sentença — que declare nulos ou torne nulos atos do poder público lesivos ao patrimônio público, seja do patrimônio das entidades estatais, seja das entidades autárquicas ou sociedades de economia mista.

15. FONTES

Pode-se identificar no Direito romano a fonte de ação popular. Bielsa (v. *RDA*, n. 38) ensina terem existido em Roma ações populares, que podiam ser propostas por qualquer um que possuísse interesse pela coisa pública — e tal se considerava quem estivesse ligado à *gens* —, cujo objetivo era a defesa da legalidade em geral, da segurança pública, da moralidade administrativa, do patrimônio do Estado, do de ausentes e menores etc.

Dessas ações, porém, o direito nas nações europeias não guardou senão reminiscências. O Direito português, que veio com o colonizador para o Brasil, não as ignorava de todo. Lobão e Corrêa Telles, por exemplo, as admitiam para a defesa dos lugares públicos, das coisas de domínio e uso comum do povo.

As necessidades do século XX, porém, ressuscitaram essas ações populares, dando-lhes contornos definidos. A Constituição espanhola de 1931, art. 123, n. 4, consagrou-as, sobretudo em matéria criminal. Todavia, podem-se apontar medidas semelhantes no Direito da Prússia, de Hamburgo, de Bremen, no período nazista, da Baviera pós-nazista, da Itália antes do fascismo etc. Na França um autor como Vedel (*Droit administratif*, Paris, 1961, p. 403) assinala pontos de contacto entre o recurso por excesso de poder e as ações populares romanas.

Entre nós, foi a Constituição de 1934 (art. 113, § 38) que estabeleceu a ação popular. Visando a regulamentar o texto constitucional, foi apresentado projeto pelo então Dep. Teotônio Monteiro de Barros, que não teve êxito. Olvidada pela Carta de 1937, a Constituição de 1946 (art. 141, § 38) a restabeleceu, sendo seu texto regulamentado pela Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. A Constituição de 24 de janeiro a manteve de pé (art. 150, § 31). A Constituição em vigor estende sua abrangência.

16. A INTERPRETAÇÃO DO ART. 5º, LXXIII

Não há dúvida de que o sujeito ativo desse direito é apenas o cidadão, ou seja, o nacional no gozo dos direitos políticos. Essa restrição se funda, aliás, na tradição romana, como se viu acima. Esse entender é o de Paulo Barbosa (v. *RDA*, n. 38), Frederico Marques (id., n. 52) etc., bem como do Supremo Tribunal Federal (v. Súmula 365). Age o cidadão como substituto processual — em nome próprio mas por interesse alheio (o da comunidade).

Contra quem se exerce esse direito é questão que, à luz da Lei n. 4.717, não faz dúvida. Manda o seu art. 6º que a ação seja proposta contra a entidade lesada, contra os que, em seu nome, praticaram o ato impugnado, e contra os beneficiários. Essa solução, aliás, já era pregada pela doutrina que via a entidade, e especialmente dirigentes e beneficiários ligados por inequívoca comunhão de interesses. De fato, anulado o ato, ou declarada sua nulidade, disso decorrem consequências para os beneficiários (que perdem os benefícios), para os dirigentes (que deverão ser responsabilizados) e, obviamente, para a própria entidade.

17. A EXTENSÃO DA AÇÃO POPULAR

Problema grave que suscita a ação popular é o de sua extensão.

Pretende Seabra Fagundes (v. *RDA*, n. 6) que somente atos administrativos podem ser atacados pela ação popular. Contra, Paulo Barbosa sustenta que mesmo atos legislativos e até judiciários podem ser atacados por ela (v. *RDA*, n. 38), já que esses atos podem ser lesivos ao patrimônio público, e a lei não distingue entre atos que podem ser objeto de ação popular.

Examine-se em primeiro lugar o caso do ato legislativo e especialmente o da lei.

Em tese, não deve caber ação popular contra atos legislativos. Se o ato legislativo, e mormente a lei, é expressão da vontade geral, com nenhum fundamento teórico se pode pretender que o Judiciário, mero executor da lei, possa anulá-lo, por ser a seu critério lesivo ao interesse público. Fiel a esse entender, ainda que por argumentos variados, julgados há que rejeitam ação popular contra lei em tese (v., p. ex., *RT*, 310:509).

Todavia, na prática, os representantes do povo às vezes praticam atos escandalosamente lesivos ao

patrimônio público que não podem passar em brancas nuvens. Por isso, os tribunais, em muitos julgados, têm ignorado a doutrina e admitido ações populares contra leis em tese (p. ex., *RT*, 313:178).

Quanto a essa questão, de nada ajuda a Lei n. 4.717. Tem por isso o intérprete de escolher entre a pureza teórica e a moralidade pública.

Quanto aos atos judiciais, a discussão é acadêmica, pois não consta haver tribunal algum acolhido ação popular contra decisão judiciária. É bem de ver que essa ação não poderia ser movida senão depois de haver coisa julgada. Ora, havendo caso julgado, admitir contra ele ação popular de caráter rescisório seria preferir a moralidade pública à segurança das decisões judiciárias. Ademais, que valor prático teria ação popular contra ato do próprio poder que a deve julgar?

A ação popular não cabe apenas para defesa do patrimônio público, histórico e cultural. Serve, agora, também para anular atos lesivos ao meio ambiente e atos lesivos à moralidade administrativa.

É certo que a expressão “moralidade administrativa” não é de compreensão instantânea e rigorosa, embora tenha sido erigida em princípio constitucional a ser atendido pela Administração Pública (art. 37). Ela abrangeo sentido ético da conduta do administrador, visando a fazer coincidir o *licitum* com o *honestum*. Quer dizer: em face da moralidade administrativa o que não é honesto é ilícito, mesmo que formalmente se atenha às normas vigentes. A moralidade repudia frontalmente o brocardo *non omne quod licet honestum est*.

18. A CAUSA PETENDI

Outro problema importantíssimo é o de saber se, na ação popular, a *causa petendi* é a nulidade (ou anulabilidade) do ato “mais” sua lesividade ou se basta a lesividade do ato para viciá-lo. Em outras palavras, o cidadão sem interesse pessoal direto pode pedir anulação (ou a declaração de nulidade) de todo ato lesivo (ainda que perfeito formalmente) ou só pode pedi-la se, além de lesivo, o ato é também viciado?

Antes da Lei n. 4.717, juristas ilustres, como José Frederico Marques (v. *RDA*, n. 52) e numerosa jurisprudência (v. *RT*, 325:411), inclusive do Supremo Tribunal Federal (v. *RDA*, 54:325), entendiam que a lesividade não bastava para tornar nulo ou anulável o ato, de modo que nada podia a ação popular contra ato lesivo que fosse formalmente perfeito.

A Lei n. 4.717 aborda a questão. Declara nulos os atos lesivos que forem viciados por incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e desvio de finalidade (art. 2º), bem como alguns que expressamente enumera (art. 4º). Declara anuláveis os atos lesivos “cujos vícios” não forem os indicados.

Sua lição não é clara. É difícil identificar “vícios” outros que os na lei enumerados como causa de nulidade, a menos que se entendam como vício as quebras da moralidade administrativa. Destarte, seriam anuláveis os atos lesivos praticados com malícia, ou com violação das boas normas de moral administrativa ainda que formalmente perfeitos.

19. A NATUREZA DA AÇÃO

Outra questão controvertida era a da natureza da ação popular. A jurisprudência dominante, inclusive do Supremo, era ser a ação meramente declaratória (v. *RT*, 265:803; *RDA*, 50:223). Havia, porém, julgados que a consideravam condenatória (v., p. ex., *RT*, 246:507).

Hoje, em vista do art. 11 da Lei n. 4.717, é patente a natureza condenatória da ação popular. Aí se dispõe que a decisão que der invalidade ao ato condenará a perdas e danos os responsáveis pela

prática do ato e seus beneficiários.

20. AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A ação civil pública, embora não prevista no Título II da Constituição — “Dos direitos e garantias fundamentais”, alinha-se às demais garantias instrumentais dos direitos constitucionalmente deferidos.

Está prevista como atribuição do Ministério Público, a quem compete promovê-la “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, III).

A proteção e defesa de interesses difusos e coletivos encontra no sistema processual óbices consideráveis.

A ação civil pública, disciplinada pela Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, resolve, em parte, a questão.

A referida lei disciplina “a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”. Cobre a defesa de alguns dos direitos ou interesses difusos ou coletivos.

Não se trata, contudo, de competência privativa do Ministério Público conforme se verifica do disposto no § 1º do art. 129 da Constituição: “a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”.

A Lei n. 7.347/85 confere, não somente ao Ministério Público, a legitimidade ativa para propor ação civil pública, bem como eventuais medidas cautelares, como também às pessoas jurídicas estatais, autárquicas, às associações constituídas para a proteção do meio ambiente ou para a defesa do consumidor, ou do patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

De qualquer maneira o Ministério Público atuará, se não como parte, como fiscal da lei, assumindo a titularidade ativa no caso de desistência ou abandono da associação legitimada.

Com a expressão “outros interesses difusos ou coletivos” a Constituição ampliou o campo da ação pública, como o veio a reconhecer a legislação infraconstitucional em seguida.

A ação civil pública objetiva a indenização pelo dano causado destinada à reconstituição dos bens lesados. Pode também ter por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer, cumprimento este que será determinado pelo juiz, sob pena de multa diária, independentemente de requerimento do autor.

No que se refere a danos ao meio ambiente, a Lei n. 6.938/81 (sobre Política Nacional do Meio Ambiente) adotou o princípio da responsabilidade objetiva. Efetivamente, dispõe seu art. 14, § 1º: “É o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade”.

O réu apenas se escusa da condenação se provar não ser responsável pela lesão ao meio ambiente, inexistência de lesão ou que o ato ou fato não é lesivo ou está legitimado pela autoridade competente com observância das normas legais.

A ação civil pública constitui, ao lado da ação popular, meio de defesa e proteção do interesse público.

21. HABEAS DATA

Outra das inovações da Constituição de 1988 é o *habeas data*, cuja concessão está prevista no inc. LXXII do art. 5º. Serve o *habeas data* para:

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

b) a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

À semelhança do mandado de injunção, tratando-se de garantia constitucional instrumental, sendo ação especial, exige a previsão do procedimento a que será sujeito, embora a Constituição preveja a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º).

Dois são os objetivos do *habeas data*: conhecimento de informações e retificações de dados.

O interessado em conhecer os dados pessoais constantes de registros ou bancos de dados governamentais ou de caráter público, em não os obtendo administrativamente, poderá impetrar *habeas data* a fim de assegurar tal conhecimento.

Os dados errôneos ou falsos inscritos em registros oficiais poderão ser retificados mediante três procedimentos, a escolha do interessado: pelo próprio *habeas data*, por processo administrativo ou ainda por processo judicial, estes dois últimos de caráter sigiloso.

A disposição concernente ao *habeas data* há de ser compatibilizada com as disposições dos incs. XII, XXXIII e XXXIV, *b*, do art. 5º.

O inc. XII prevê a inviolabilidade do sigilo de dados. Trata-se aqui de proteção contra a ingerência dos órgãos governamentais nos “segredos” pessoais, uma vez que, conjuntamente, se garante o sigilo da correspondência e das comunicações em geral, com a ressalva prevista: “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

O inc. XXXIII dispõe que “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”.

As informações que se podem obter do Poder Público aqui tratadas são de caráter geral, concernentes às atividades múltiplas dos órgãos governamentais e, portanto, justificam a ressalva imposta. Trata-se do direito à informação tão somente.

Aquelas que se pretendem obter mediante impetração de *habeas data* dizem respeito a dados relativos à pessoa do requerente que, obviamente, não admitem segredo com relação a ele.

Quanto ao direito à obtenção de certidões previsto no inc. XXXIV, *b*, não há novidade com referência ao Direito anterior, a não ser a gratuidade do ato. Tem-se aqui objetivo especial de “defesa de direitos e esclarecimento de situações”. Não configura apenas o direito de obter informações, mas de obtê-las para fins específicos.

A instituição do *habeas data* visa prevenir que atos dos órgãos públicos sejam baseados em informações sigilosas, ignoradas pelo interessado, o que lhe subtrai qualquer possibilidade de contraste ou defesa, caracterizando uma nova garantia constitucional.

Capítulo 34 - OS SISTEMAS DE

EMERGÊNCIA

OS SISTEMAS DE EMERGÊNCIA

SUMÁRIO: 1. Considerações gerais. 2. Os sistemas principais de defesa da ordem constitucional. 3. A ditadura romana. 4. A suspensão da Constituição. 5. A lei marcial. 6. A suspensão do *habeas corpus*. 7. O estado de sítio: origem. 8. No Direito brasileiro. 9. Análise do conceito. 10. Limitação no tempo e no espaço. 11. Os fundamentos fáticos do estado de sítio. 12. A decretação do sítio. 13. A prorrogação do sítio. 14. A execução do sítio e a responsabilidade dos seus executores. 15. A fiscalização judiciária. 16. O controle político do sítio. 17. Modalidades do sítio. 18. As imunidades parlamentares. 19. A questão das eleições durante o estado de sítio. 20. O estado de defesa. 21. Observações finais.

LEITURA COMPLEMENTAR: Rui Barbosa, *O estado de sítio*, v. 19, t. 3 (Obras completas); Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O estado de sítio*, São Paulo, 1964; idem, *A reconstrução da democracia*, cit.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Os direitos fundamentais, como demonstrou o exame já feito, impõem sérias e rigorosas limitações ao poder estatal. Essas limitações, na verdade, só podem ser respeitadas em período de normalidade, pois, nos momentos de crise, embaraçariam de tal modo a ação do governo que este seria presa fácil para os inimigos da ordem.

Em realidade, a normalidade constitucional pressupõe a normalidade social. A ordem jurídica estatal, mormente quando estruturada com freios e contrapesos, depende de uma ordem social aberta e receptiva para com ela e seus valores, que se manifesta pelo acatamento pacífico pelo povo de suas disposições.

As crises, porém, que quebram essa normalidade, são previsíveis. A experiência histórica ensina que todos os povos, inclusive os cultos e prósperos, passam por momentos de agitação, de desordem, de insubmissão, que não podem ser sufocados pelas medidas ordinárias de polícia, que não podem ser extintos dentro do respeito absoluto às garantias dos direitos fundamentais.

O Estado moderno, porém, é um estado de direito e, como tal, pretende regular por meio de normas jurídicas a vida social mesmo em momentos de crise. Preveem, por isso, as Constituições para enfrentar circunstâncias anormais a atribuição ao governo de poderes anormais.

2. OS SISTEMAS PRINCIPAIS DE DEFESA DA ORDEM CONSTITUCIONAL

Dois sistemas principais são consagrados nas Constituições atuais para enfrentar os períodos de crise política. Um, o que prepondera na Grã-Bretanha e nos Estados que seguem de perto as tradições de seu Direito: é o da “lei marcial”; outro, o que se prefere nos países de direito escrito, o “estado de sítio”.

Além desses sistemas, há um terceiro, menos praticado, o das “ditaduras constitucionais”, de que a romana foi o exemplo clássico, mas que tem seu equivalente na prática, já moderna, da suspensão da Constituição.

3. A DITADURA ROMANA

A ditadura romana merece breve estudo por sua importância histórica, pela atração que sempre exerceu sobre os homens em luta com a desordem.

De acordo com os historiadores, a ditadura se manifestou em suas linhas clássicas de 501 a.C. até 216 a.C., antes de degenerar, com a república, e se transformar num instrumento do poder pessoal, de Sila, de César etc., feitos ditadores perpétuos.

Caracterizava-se a ditadura clássica por ser uma instituição constitucional, prevista para as ocasiões de grave perigo, que consistia na atribuição de todo o poder a um magistrado extraordinário e temporário.

Proclamada a ditadura, concentravam-se nas mãos do ditador os poderes que normalmente se distribuíam pelos vários magistrados romanos. Podia assim o ditador tudo, ou quase, que fosse necessário para a salvação pública: *salus reipublicae suprema lex esto*. Essa concentração de poder era, porém, temporária. Desfazia-se, desaparecido o motivo que a determinara; extinguiu-se, no máximo, pelo decurso do prazo de seis meses.

O ditador era nomeado pelos cônsules, depois que o Senado deliberava ser oportuno que tal se fizesse. Seu *imperium*, todavia, devia ser, posteriormente, confirmado por *lex curiata*. Daí em diante, enquanto durasse a sua missão seu poder era quase absoluto. Só não possuía o poder de legislar.

Era o ditador irresponsável. De seus atos não prestava contas, nem estava sujeito a sanções pela violação das leis.

4. A SUSPENSÃO DA CONSTITUIÇÃO

A suspensão da Constituição, medida prevista por algumas Constituições modernas, muito se aproxima da ditadura romana.

O modelo dessas Constituições parece ser a francesa do 22 de frimário do ano VIII (13-12-1799), que serviu aos desejos e ambições de Napoleão. Foi sua imitadora a Constituição chilena de 1833, que teve influência real sobre as demais da América.

Também a Carta brasileira de 1937 a previu, sob o nome de “estado de emergência”, para o caso de guerra.

Essas Constituições previam que, ameaçada a segurança do Estado, poderia ser a vigência da própria Constituição suspensa. Daí decorre que o governo passa a não ter limites, por tempo indeterminado. Era o que permitia a Carta de 1937. Esta previa a suspensão da Constituição em caso de guerra (art. 171), sendo que a declaração do estado de guerra recaía em última análise nas mãos do presidente, não podendo as Câmaras sequer suspendê-lo...

5. A LEI MARCIAL

Outro sistema de defesa da ordem constitucional é o da lei marcial, que Friedrich considera a modalidade anglo-saxônica das ditaduras constitucionais, com uma pitada de exagero (v. *La démocratie constitutionnelle*, n. 167).

Dicey ensina que, em sentido estrito, a expressão “lei marcial” designa “o direito que, pela *Common Law*, têm a Coroa e seus agentes de repelir a força pela força, em caso de invasão, de insurreição, de tumulto ou mais geralmente de resistência violenta à lei”.

A lei marcial, portanto, não é propriamente uma medida especial. É prevista pelo Direito comum.

No fundo, é uma justificativa, no sentido que tem essa expressão no Direito Penal. Ela exclui a antijuridicidade de certas ações que isoladamente consideradas traduziriam ofensas a direitos individuais.

Ela não envolve qualquer alteração da ordem legal. Apesar do nome, não passa de um estado de fato. “Durante o tempo em que as forças militares são empregadas para a execução da lei, isto é, quando a assim chamada lei marcial está em vigor, nenhum poder novo é dado ao Executivo, nenhuma extensão arbitrária da autoridade é reconhecida, nenhum direito do indivíduo é suspenso. A relação do indivíduo com o Estado não é alterada. Qualquer interferência com a liberdade pessoal ou com o direito de propriedade, deve ser justificada, como no caso do poder de polícia, por necessidade atual, razoavelmente presumida” (W. W. Willoughby, *The Constitutional Law of the United States*, 1910, v. 2; p. 1235-6).

Desse modo, os atos aparentemente ofensivos aos direitos fundamentais e a quaisquer outros, praticados pela força militar, para o restabelecimento da ordem, devem ser submetidos ao crivo do Judiciário. Este é que vai verificar se tais atos foram justificados pelas circunstâncias, e, se não o foram, vai punir os seus responsáveis.

A chamada proclamação da lei marcial não tem efeito jurídico. É um aviso de que a força militar será empregada para a manutenção da ordem. Se as circunstâncias justificam ou não atos excepcionais de violência, isso vai ser dito pelos tribunais exclusivamente e estes são rigorosos nessa apreciação. Em geral só consideram circunstância grave para a justificação de ofensas aos direitos individuais a interrupção do funcionamento da organização normal de manutenção da ordem e de execução da justiça.

Em resumo, pode-se dizer que lei marcial significa que a autoridade pode praticar todos os atos que for capaz de provar necessários para a manutenção ou restabelecimento da ordem, perante um Tribunal.

6. A SUSPENSÃO DO HABEAS CORPUS

O Direito anglo-americano prevê, ao lado da lei marcial, outro meio de defesa da ordem constitucional, que é a suspensão do *habeas corpus*. Este meio já está na metade do caminho entre a lei marcial e o estado de sítio.

Anteriormente já se viu qual a importância do *habeas corpus* e seu papel relevante. Todavia, em momentos de grave crise, a concessão generosa dessa ordem pode dificultar sobremodo a ação das autoridades. De fato, impede a prisão de suspeitos, antes que sólidas provas sejam reunidas, o que só acontece em geral quando é muito tarde e a insurreição está nas ruas.

Por isso, a Lei inglesa de 1679, ao consagrar e regular o *habeas corpus*, admitiu a suspensão do *writ*, em caráter transitório e por intermédio de lei, sempre que a gravidade das circunstâncias exigisse ação drástica.

Nas colônias da América do Norte com o *writ* veio a sua suspensão. Tanto assim que a Constituinte de Filadélfia só menciona o *habeas corpus* para ressaltar que o mesmo não será suspenso, exceto nos casos de rebelião ou invasão, se a segurança pública o exigir (art. 1º da Seção IX da Constituição norte-americana).

Assim, ainda que não seja o caso de implantar a lei marcial, admite o Direito anglo-americano que seja levantada a garantia da liberdade de ir e vir, para facilitar a salvaguarda da ordem pública, só que para isso é necessário ato formal do poder competente.

7. O ESTADO DE SÍTIO: ORIGEM

O meio de defesa da ordem preferido nos países de direito escrito é o estado de sítio, medida cuja origem se encontra no Direito francês.

Reconhecidos em favor do indivíduo direitos e garantias superiores ao próprio Estado, foi logo visto que, em certas circunstâncias graves, como o sítio de uma cidade por inimigo em armas, era impossível respeitá-los e assegurar a defesa. Em razão disso, um Decreto de 10 de julho de 1791, posterior à Declaração dos Direitos do Homem mas anterior à primeira Constituição, previu o estado de sítio, isto é, admitiu a suspensão temporária e localizada de certas garantias constitucionais, em momentos de grave perigo.

Se o estado de sítio foi de início previsto apenas para os casos de efetivo cerco por tropa inimiga, foi ele depois estendido ao caso de desordens internas, como faz fé o Ato Adicional de 1815, que, no art. 66, o regulou de modo muito próximo ao das Constituições vigentes.

8. NO DIREITO BRASILEIRO

Da França, a prática do estado de sítio se espalhou por toda a Europa, vindo também para a América. Nesta, o primeiro ou um dos primeiros documentos que o adotaram foi a Carta brasileira de 1824, embora esta não usasse da expressão. Permitia esta (art. 179, § 35) que, “nos casos de rebelião ou invasão de inimigos pedindo a segurança do Estado”, se dispensassem, “por tempo determinado, algumas formalidades que garantem a liberdade individual... por ato especial do Poder Legislativo”.

Pouco inovou a esse propósito a Constituição de 1891, salvo no usar a expressão “estado de sítio”. Na primeira Constituição republicana, todavia, a suspensão de garantias constitucionais foi tratada com pouca minúcia. Daí decorreu que, sendo frequentíssimo o seu emprego a partir de 1891 e não raro o seu abuso, a experiência forneceu vastos subsídios que a Constituição de 1934 procurou aproveitar, regulando-o pormenorizadamente. Esta, porém, previa forma qualificada de estado de sítio para o caso de guerra, que, pela Emenda Constitucional n. 1, obtida no pânico provocado pela intentona comunista, foi estendida a crises internas, o que muito facilitou o golpe de 1937.

A Carta de 1937, como se viu, foi mais longe que qualquer Constituição brasileira anterior, admitindo a própria suspensão de sua vigência. A de 1946, todavia, retomou praticamente o texto original de 1934, sem, é claro, as adjunções da Emenda n. 1.

De 1946 a 1961, da promulgação da Constituição à renúncia do Pres. Jânio Quadros, foi raro e breve o uso do estado de sítio. A crise da renúncia, porém, abriu a prática do estado de sítio *de facto*, ou seja, sem sua declaração expressa e legal. Na verdade, daí em diante, várias vezes as autoridades, sobretudo militares, tomaram medidas só cabíveis decretando o sítio sem que este o fosse, principalmente porque para a solução das crises se pretendia alteração da Constituição, o que esta proibia durante a suspensão das garantias constitucionais. Isso se tornou rotineiro após a Revolução de Março, apesar de os atos constitucionais revolucionários facilitarem sobremodo a instauração jurídica do estado de sítio.

A Constituição de 1967, em linhas gerais, pouco modificou o texto de 1946. Enfim, a Emenda n. 11 trouxe algumas novidades: as *medidas de emergência* e o *estado de emergência*, que desapareceram do texto em vigor.

9. ANÁLISE DO CONCEITO

O estado de sítio, como se pode depreender do anteriormente exposto, consiste na suspensão temporária e localizada de garantias constitucionais. É essa a lição da doutrina e o ensinamento do próprio constituinte, em 1891.

Que compreende, porém, nesse conceito, a expressão “garantias constitucionais”?

Conforme ensinava Rui Barbosa a expressão “garantias constitucionais” pode ser tomada em sentido lato e em sentido estrito. Em sentido lato, essa expressão designa “as providências que, na Constituição, se destinam a manter os poderes no jogo harmônico das suas funções, no exercício contrabalançado e simultâneo das suas prerrogativas”. Emprega-se, pois, “no mesmo sentido em que os ingleses falam nos freios e contrapesos da Constituição” (*Comentários*, cit., v. 6, p. 279).

Em sentido estrito, “garantias constitucionais se chamam, primeiramente, as defesas postas pela Constituição aos direitos especiais do indivíduo. Consistem elas no sistema de proteção organizado pelos autores da nossa lei fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana”.

É óbvio que na conceituação do estado de sítio é o sentido estrito da expressão “garantias constitucionais” o considerado. Do contrário, o estado de sítio equivaleria à suspensão da Constituição, que é repelida, sem discrepância, por todos os que o estudaram.

O estado de sítio suspende as garantias dos direitos fundamentais, e, nunca, segundo se afirma impensadamente, esses direitos. Suspende aquelas limitações postas à ação governamental que acompanham declaração de direitos. Com isso, alarga a esfera de ação legítima do Estado. Por exemplo, suspendendo a garantia da liberdade de expressão do pensamento — a proibição da censura — permite que o Estado estabeleça a censura, restringindo o direito à livre manifestação do pensamento. Por outro lado, importa não confundir a garantia constitucional com o remédio constitucional, ou seja, com o meio de se fazer valer o direito fundamental ameaçado ou violado. O conceito de garantia constitucional é mais amplo; do contrário se resumiria o estado de sítio na suspensão do *habeas corpus* e do mandado de segurança.

10. LIMITAÇÃO NO TEMPO E NO ESPAÇO

Para que haja estado de sítio é mister que a suspensão seja limitada no tempo e localizada no espaço. Se ela não for limitada no tempo, não haverá, no fundo, suspensão de garantias mas sim supressão de garantias. Entende-se, porém, como limitada a suspensão que se apraze até ocorrer fato futuro, porém certo. Assim, na Constituição de 1988, o estado de sítio pode ser decretado para perdurar enquanto perdure guerra externa (art. 138, § 1º, *in fine*). O estado de sítio, com o fundamento de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa, não pode ser decretado por mais de trinta dias (art. 138, § 1º, 1ª parte).

As medidas que poderão ser tomadas neste caso são predeterminadas pelo art. 139, não podendo haver qualquer extensão pela autoridade pública.

A exigência de ser localizada a suspensão de garantias suscita o problema de se saber se é lícita a decretação do estado de sítio na totalidade do território nacional. Apesar de a letra da Constituição opor-se a essa interpretação, com Pontes de Miranda (*Comentários*, cit., v. 6, p. 459) se deve entender que sim. De fato, podem ocorrer, ao mesmo tempo, em todo o território nacional, perturbações que justifiquem o recurso ao estado de sítio, não havendo razão para que, por apego ridículo à letra da Constituição, seja negado esse meio à defesa da ordem constitucional.

11. OS FUNDAMENTOS FÁTICOS DO ESTADO DE SÍTIO

Medida excepcional e perigosa, o estado de sítio só deve ser declarado em circunstâncias excepcionais e graves, de perigo extremo para a ordem constitucional. Para o constituinte brasileiro, essas circunstâncias se agrupam em duas hipóteses: a comoção grave (art. 137, I) e a guerra externa (art. 137, II).

Entende-se por “comoção grave” aquela perturbação da ordem pública que excede a força dos meios normais de repressão. Isto se revela, por exemplo, pela ineficácia de medida tomada anteriormente para restabelecê-la. Assim, o texto do art. 137, I, é redundante.

Quanto à “guerra”, não faz dúvida em face do texto constitucional ser esta tanto a “declarada”, ou seja, aquela que decorre do procedimento formal para a sua decretação (decretação pelo Presidente da República, autorizado pelo Congresso Nacional, ou sem esta, se em recesso as Câmaras — art. 84, XIX), como a situação de fato decorrente de agressão estrangeira. Assim, neste último caso, pode haver o estado de sítio sem a guerra em termos formais, embora seja difícil a hipótese, pois não haverá o estado de sítio sem autorização do Congresso Nacional (art. 137, *caput*) e este, no caso de agressão estrangeira, poderá (deverá?) autorizar a declaração de guerra (art. 84, XIX).

A Constituição omitiu como pressuposto do estado de sítio a ameaça de guerra externa, ao contrário da de 1934 (art. 175), que mencionava a “iminência da agressão estrangeira”. Dentro dos mais rigorosos ditames da hermenêutica, deve-se rejeitar, então, a possibilidade de o sítio ser declarado nessa hipótese. Como no caso da guerra não declarada, porém, esse impedimento parece ser contornável.

12. A DECRETAÇÃO DO SÍTIO

Na Constituição vigente, a decretação do estado de sítio compete ao Presidente da República (art. 137, *caput*). Para tanto, ele deverá ouvir os Conselhos da República e de Defesa Nacional e solicitar autorização ao Congresso Nacional. Sendo esta deferida, cabe-lhe decretá-lo.

Essa autorização não poderá ser feita senão pelo voto da maioria absoluta do Congresso Nacional. Tal maioria absoluta será dos membros do Congresso Nacional (deputados mais senadores) e não de cada Casa desse órgão.

Não dispensa a Constituição a autorização do Congresso Nacional para a decretação do estado de sítio mesmo no período de seu recesso, como se depreende do art. 138, § 2º. Nessa hipótese de recesso, o Presidente do Senado Federal, recebida a solicitação do Presidente da República, deverá convocar o Congresso Nacional para reunir-se no prazo de cinco dias.

Na verdade, a Constituição rompe com a tradição, pois nas anteriores, no caso de recesso do Congresso, o Presidente da República poderia decretar o estado de sítio, sujeitando em seguida ao Legislativo a aprovação desse ato. Compreende-se a intenção do Constituinte, evidentemente temeroso do risco que o estado de sítio pode trazer para a ordem constitucional, entretanto não levou ele em conta que cinco dias, no mundo contemporâneo, é um prazo muito longo. Em muito menos tempo é possível ganhar uma guerra ou derrubar um governo.

13. A PRORROGAÇÃO DO SÍTIO

A suspensão das garantias não pode ser decretada por prazo maior que o de trinta dias (art. 138, § 1º). Abre, todavia, a Constituição exceção para o caso de ser ela fundada em guerra, entenda-se bem,

quando então poderá sê-lo por tempo indeterminado.

De acordo com o art. 138, § 1º, da Constituição, poderá o Presidente, findos os trinta dias, solicitar prorrogações por igual prazo do estado de sítio. Na hipótese de guerra não há prazo prefixado.

As regras concernentes à decretação do sítio aplicam-se a sua prorrogação. Desse modo, deve o Presidente submeter o pedido de prorrogação, com sua justificativa, ao Congresso Nacional. Se não o fizer, o sítio se extinguirá *ipso facto*, restabelecendo-se as garantias suspensas.

14. A EXECUÇÃO DO SÍTIO E A RESPONSABILIDADE DOS SEUS EXECUTORES

Declarado o estado de sítio, publicado o decreto que o instaura, cabe ao Presidente (art. 138) designar as pessoas a quem é atribuída a execução do estado de sítio.

Os executores do estado de sítio e o Presidente que os nomeia respondem civil e criminalmente pelos abusos cometidos durante a suspensão de garantias. Essa regra foi expressamente consagrada pelo Direito brasileiro (1824, art. 179, § 35; 1891, art. 80, § 4º; 1934, art. 175, § 13), mas apenas o foi implicitamente pela Constituição de 1967, que nisso repetiu a omissão da Lei Magna anterior. A atual Constituição prevê a responsabilidade dos executores e agentes no art. 141.

A Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950, que define e sanciona os crimes de responsabilidade, capitula entre estes, por exemplo, “tomar ou autorizar durante o estado de sítio medidas de repressão que excedam os limites da Constituição” (art. 7º, n. 10).

A responsabilidade criminal pode, sem dúvida, ser extinta por lei. Esta, contudo, deve ser clara e precisa a esse respeito não podendo ser entendida como extintora de responsabilidade a aprovação geral aos atos praticados pelo governo durante o sítio.

15. A FISCALIZAÇÃO JUDICIÁRIA

O estado de sítio não foge à fiscalização do Judiciário. Essa fiscalização envolve, porém, diversos problemas.

O primeiro concerne à possibilidade de o Judiciário fiscalizar a própria declaração do sítio. Em nosso sistema não há dúvida de que lhe é dado verificar se sua formalização obedeceu aos requisitos constitucionais. Ser-lhe-á dado verificar se ocorrem os pressupostos fáticos da declaração, se há comoção intestina grave, por exemplo?

Não falta quem sustente que sim, apoiado, sobretudo, nas lições do Direito americano concernentes à lei marcial (v. Willoughby, *The Constitutional Law*, cit., § 733). A melhor doutrina, porém, repele esse entendimento. A apreciação de dever ou não ser declarado o sítio é uma apreciação política, uma apreciação de conveniência. Deve, por isso, ficar a critério das autoridades políticas que por ela responderão.

Outro problema é o da apreciação pelo Judiciário dos atos lesivos a direitos individuais praticados sob o sítio. Essa questão estava resolvida à luz do art. 157, parágrafo único, da Constituição anterior. O controle judicial cabe se o ato ferir qualquer dos preceitos constitucionais concernentes ao estado de sítio.

O mesmo entendimento há de ser mantido em decorrência do sistema constitucional atual.

16. O CONTROLE POLÍTICO DO SÍTIO

Os atos praticados durante o estado de sítio são submetidos também a um controle político. Este é desempenhado pelo Congresso, não só durante o prazo de suspensão de garantias, mas também posteriormente. Na verdade, este controle posterior dadas as circunstâncias é o que pode ser mais rigoroso (art. 140).

Terminado o estado de sítio, expirados os seus efeitos, para que esse controle seja facilitado, obriga a Constituição o Presidente da República a enviar ao Congresso, dentro de trinta dias, mensagens em que relate, com especificação e justificação, as medidas e providências adotadas (art. 141, parágrafo único).

17. MODALIDADES DO SÍTIO

A atual Constituição prevê duas modalidades de estado de sítio.

A primeira — única possível para a hipótese de comoção grave (art. 137, I) — autoriza uma série de medidas restritivas que enuncia o art. 139, I a VII. Ou seja, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: I — obrigação de permanência em localidade determinada; II — detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; III — restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; IV — suspensão da liberdade de reunião; V — busca e apreensão em domicílio; VI — intervenção nas empresas de serviços públicos; VII — requisição de bens.

A segunda, que evidentemente não cabe senão no caso de guerra, permite outras medidas, em específico a suspensão das garantias constitucionais que forem autorizadas pelo Congresso Nacional (art. 138).

18. AS IMUNIDADES PARLAMENTARES

No que tange às imunidades parlamentares soube a nova Constituição protegê-las melhor que as anteriores. De fato, a Constituição de 18 de setembro de 1946, p. ex., permitia que a suspensão de imunidades de determinados parlamentares, no intervalo das sessões legislativas, pudesse ser autorizada pelo presidente da Câmara Alta, ou pelo da Câmara dos Deputados, conforme o caso. A Carta em vigor, em qualquer hipótese, somente permite a suspensão dessas imunidades por deliberação da casa a que pertencer o congressista (art. 53, § 7º), mediante o voto de dois terços de seus membros e, ainda assim, restrita a casos de atos praticados fora do recinto do Congresso, desde que incompatíveis com a execução da medida.

19. A QUESTÃO DAS ELEIÇÕES DURANTE O ESTADO DE SÍTIO

Merece breve nota a questão das eleições em estado de sítio.

Como é fácil supor, a suspensão de garantias impede, ou dificulta sobremodo, a propaganda eleitoral e a livre coleta dos sufrágios. Por isso, a doutrina tradicional (Rui, Maximiliano etc.) considera incompatíveis sítio e eleições.

Assim, se realizado o pleito sob estado de sítio, é ele nulo (Maximiliano, *Comentários*, cit., n. 302). Por isso, na primeira República, onde o estado de sítio foi comum, se usava suspendê-lo na data das eleições. O que era um cumprimento do vício à virtude...

A questão deve ser encarada de outro modo. Se o sítio impediu, ou dificultou gravemente, a campanha eleitoral, a eleição foi viciada, embora no dia do pleito o sítio não vigorasse. Por outro lado, se o sítio foi devido ao combate aos que desejavam impedir o pleito apesar das restrições havidas, a eleição deve ser considerada válida.

20. O ESTADO DE DEFESA

A Constituição vigente, inspirada na Carta anterior, prevê um estado de defesa. Trata-se de instrumento análogo ao estado de sítio, contudo mitigado quanto à sua potencialidade.

O primeiro ponto a assinalar consiste em poder ele ser decretado pelo Presidente da República, independentemente de autorização do Congresso Nacional, mas sempre depois de ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional (art. 136, *caput*). Somente após a decretação é que o Presidente da República deverá submeter o ato, com sua justificação, ao Congresso Nacional. Este, então, deverá decidir por maioria absoluta se o aprova ou não (art. 136, § 4º). Se estiver em recesso o Congresso, deverá ele ser convocado para reunir-se em cinco dias (art. 136, § 5º).

O segundo está em que, além de caber para restaurar a ordem pública (ou a paz social), pode ele ser decretado para prevenir “grave e iminente instabilidade institucional”, que no fundo é a comoção grave, já referida quanto ao estado de sítio. Também poderá ele ser decretado para restaurar a normalidade em caso de calamidade pública — por exemplo, inundações, terremoto etc. — de grandes proporções. Assim, o estado de defesa não tem, ao contrário do de sítio, necessariamente um caráter repressivo, pode ser simplesmente um instrumento de emergência, desvinculado de ameaça política.

Em terceiro lugar, o estado de defesa, sempre decretado por prazo determinado (no máximo trinta dias e somente prorrogável uma vez por outros trinta dias — art. 136, § 2º) e em área também determinada, autoriza as seguintes medidas: I — restrições aos direitos de: a) reunião, ainda que exercida no seio das associações; b) sigilo de correspondência; c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; e II — ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União por danos e custos decorrentes.

Se tiver, porém, caráter repressivo, poderá ensejar também: 1) a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida (que será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial); bem como 2) a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário, sendo vedada a incomunicabilidade do preso (art. 136, IV).

O decreto instituidor do estado de defesa, além de indicar as medidas coercitivas a serem implantadas, deverá fixar a área respectiva de ação.

São, como se disse, precauções para impedir que as restrições impostas à liberdade sejam exercidas com maior severidade do que o necessário para o restabelecimento da ordem pública ou da paz social.

Cessado o estado de defesa cessam seus efeitos, subsistindo, no entanto, a responsabilidade dos seus executores pelos ilícitos que cometerem.

21. OBSERVAÇÕES FINAIS

Uma derradeira observação deve ser feita neste capítulo. Desde a guerra de 1914, as novas formas de guerra e insurreição têm posto em xeque as medidas, como sítio, previstas para enfrentar suas

convulsões internas.

Na sociedade industrial contemporânea, as crises e a mobilização dos recursos destinados a enfrentá-las não podem ser levadas a cabo sem modificações legislativas, que os parlamentos não conseguem rapidamente fornecer aos governos necessitados. Em vista disso, na França de 1914 se toleraram os “regulamentos de necessidade”, materialmente leis, mas editados pelo Poder Executivo, pelo poder regulamentar; na Grã-Bretanha, nas duas grandes guerras, por leis especiais, *Emergency Powers Acts*, recebeu o gabinete plenos poderes, inclusive o de alterar as leis do país; nos Estados Unidos, também largamente se usou do expediente de alargar a esfera do poder regulamentar, fazendo, no fundo, do presidente verdadeiro legislador.

A Constituição francesa de 1958 foi a esse propósito corajosa, autorizando o presidente, havendo ameaça grave às instituições, à independência e à integridade, a compromissos internacionais, e, estando interrompido o funcionamento regular dos poderes públicos, a tomar as providências que as circunstâncias exigirem, ouvidos o primeiro ministro, os presidentes das Câmaras e do Conselho Constitucional. Deu assim ao presidente da República amplíssimos poderes para restabelecer a normalidade. Tais poderes, todavia, onde a opinião pública não tiver peso para contrabalançá-los (já que juridicamente o presidente não precisa da aprovação de qualquer órgão, mesmo do Parlamento, para deles usar) podem trazer perigo para a democracia. Com efeito, podem facilitar a implantação de situações propícias ao autoritarismo.

Parte VI

A ORDEM ECONÔMICA

SUMÁRIO: 1. Plano desta Parte.

1. PLANO DESTA PARTE

A existência de um título na Constituição dedicado à “ordem econômica” revela bem claro ter o constituinte visão de que a democracia não pode desenvolver-se a menos que a organização econômica lhe seja propícia.

Não é praticável a democracia política, cujos valores fundamentais são a liberdade e a igualdade, onde a organização da produção e do consumo reduza a liberdade e a igualdade a afirmações solenes e vãs.

Para o estabelecimento da democracia política urge, portanto, que se organize um regime econômico onde se satisfaçam todas as exigências fundamentais do indivíduo, onde se abram para todos oportunidades relativamente iguais.

Esse é o intento do constituinte ao abrir nas Constituições espaço para a regulamentação da economia em favor da democracia. Esse intento, porém, nos textos brasileiros ao menos, parece frustrado. A resistência dos interesses e dos poderosos, de um lado, a demagogia e a leviandade, de outro, fazem da ordem econômica nas Constituições brasileiras um indigesto complexo de princípios vagos e de preceitos inaplicáveis.

No texto vigente, o ordenamento econômico sob dois aspectos merece estudo: um, o de suas bases e valores; outro, o da atuação do Estado no domínio econômico. E é esse exame que, sucessivamente, nos Capítulos 37 e 38 se irá fazer.

Capítulo 35

A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

SUMÁRIO: 1. O “econômico” nas Constituições liberais. 2. Nas Constituições sociais. 3. Nas Constituições socialistas. 4. A Constituição “econômica”. 5. Objeto. 6. Constituição econômica formal. 7. Constituição econômica material. 8. Elementos essenciais da Constituição econômica material. 9. Tipos de organização econômica: economia descentralizada. 10. Economia centralizada. 11. Economia mista. 12. A iniciativa econômica. 13. O regime dos fatores de produção. 14. A finalidade da organização econômica.

LEITURA COMPLEMENTAR: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Direito constitucional econômico*, São Paulo, Saraiva, 1990; André Laubadère e Pierre Delvolvé, *Droit public économique*.

1. O “ECONÔMICO” NAS CONSTITUIÇÕES LIBERAIS

A ideia de Constituição que o século XVIII consagra como imprescindível à reta organização do Estado descarta o elemento econômico. Sua preocupação é com o “político”, com a estruturação do poder e sua limitação, a bem da liberdade individual. Visa a estabelecer uma organização limitativa do poder político que sirva para garantir contra o abuso a liberdade, e as liberdades individuais. Abuso este que, a juízo dos pensadores da época, somente proviria do governo, ou melhor, do rei e seus ministros, como era então o caso. As Constituições que formam a primeira geração do constitucionalismo não contêm, por isso, normas destinadas a disciplinar a atividade econômica. Tal omissão, ademais, se ajusta perfeitamente ao pensamento econômico liberal, segundo o qual a regra de ouro seria o *laissez faire, laissez passer*, devendo o Estado abster-se de ingerência na órbita econômica. Melhor do que ele, mais sabiamente do que ele, a “mão invisível” de que fala Adam Smith regularia a economia (Adam Smith, *Da riqueza das nações*, trad. port., São Paulo, Abril, 1983, v. 1, p. 379).

Havia, é certo, nessas Constituições e, mormente, nas declarações de direitos que as precediam ou acompanhavam, normas de repercussão econômica. É o caso, por exemplo, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que a Constituição francesa de 1791 se propõe garantir, do princípio geral de liberdade enunciado no art. 4º e, sobretudo, da afirmação do direito de propriedade, com sua proteção específica (art. 17); na Declaração de 1793, não só da reafirmação do direito de propriedade (arts. 16 e 19), como do reconhecimento expresso da liberdade de trabalho, indústria e comércio, essencial para a livre iniciativa (art. 17) etc. Ou, na Constituição do Império, não só a consagração do direito de propriedade (art. 179, n. 22), da liberdade de trabalho, indústria e profissão (art. 179, n. 24), como a expressa proibição das corporações de ofício (art. 179, n. 25). Não havia nelas, contudo, uma disciplina sistemática, ou consciente, da atividade econômica.

Sem dúvida, as Constituições promulgadas no curso do século XIX foram repetindo essas regras de repercussão econômica e a elas acrescentando uma ou outra, sempre de modo esparso e assistemático. Assim, a Constituição francesa de 1848 se antecipa a qualquer outra, na medida em que consagra não apenas a liberdade de trabalho, mas igualmente um direito ao trabalho, que envolve o ensino primário gratuito, a educação profissional, o estabelecimento de “trabalhos públicos próprios para empregar os braços desocupados” etc. (art. 13). Entretanto, foi ao final da Primeira Guerra Mundial que pela primeira vez apareceu, na Constituição escrita, um corpo de normas destinado a reger o fato econômico.

2. NAS CONSTITUIÇÕES SOCIAIS

Foi a Constituição alemã de 11 de agosto de 1919, conhecida como a Constituição de Weimar, que fixou o modelo. Esta, de fato, contém uma seção intitulada “Da vida econômica”, na qual estão as grandes linhas de uma regulação sistemática da economia, de uma Constituição “econômica”. Há quem conteste essa primazia, apontando a anterioridade da Constituição mexicana de 1917. Este documento, sem dúvida, antecipa-se no reconhecimento de direitos sociais, como educação (art. 3º); na previsão de uma reforma da estrutura agrária (art. 27) etc. Todavia, nela inexistiu sequer um esboço de tratamento sistemático da atividade econômica. Por outro lado, seu reflexo imediato foi reduzido, enquanto a repercussão da Constituição germânica foi instantânea e profunda, na Europa e fora dela. E foi ela e não a mexicana que serviu de inspiração, e foi copiada, às vezes, pelas Constituições da Europa central e báltica, da Espanha (1931), e pela brasileira de 1934.

Este modelo, aliás, não se exauriu, sendo ainda seguido, depois da Segunda Guerra Mundial, pelas Constituições da Itália (1948), da República Federal Alemã (1949) e do Brasil (1946 e 1967). Em todas estas, como na de Weimar, abre-se espaço para o delineamento de uma disciplina da economia. Enfatize-se, contudo, que o enfoque nesses textos é ainda predominantemente o de garantir ao indivíduo determinados direitos, considerados necessários para a plena expansão de suas virtualidades e, especialmente, para que possa realmente gozar das liberdades públicas e adequadamente participar do exercício do poder. Não existe neles a pretensão de fixar a organização da economia, numa verdadeira Constituição da economia, paralela à intenção de estabelecer a organização política, na Constituição (política).

3. NAS CONSTITUIÇÕES SOCIALISTAS

O desiderato de incluir no corpo da Constituição tanto a disciplina do político quanto do econômico e do social primeiro se manifestou nas leis fundamentais de inspiração marxista. Assim, ele é patente nas Constituições soviéticas, desde a de 1936, como nas Constituições das “democracias populares” editadas logo nos primeiros anos que se seguiram à Segunda Guerra Mundial. Nesse rol ocupa lugar à parte a Iugoslávia, que cedo se desvinculou do padrão moscovita e com a Constituição de 1974 delineou uma economia socialista autogestionária.

Ainda por inspiração socialista o mesmo se deu, nos últimos anos, em Portugal, com a Constituição de 1976, e na Nicarágua, com a Constituição de 1986, por exemplo.

4. A CONSTITUIÇÃO “ECONÔMICA”

Entretanto, o mais significativo é que Constituições que rigorosamente não são socializantes, como a da Espanha, de 1978, e a brasileira de 1988, também possuem normas que sistematizam a disciplina da economia, a ponto de se poder dizer, a seu respeito, que possuem uma Constituição “econômica” integrada no corpo da Lei Magna. Consagram, pode-se dizer, um novo tipo.

Não se tome, entretanto, a expressão “Constituição econômica” num sentido não jurídico, descritivo. Há, entre os economistas, quem o faça, usando da expressão para descrever a organização básica da economia, sua estrutura fundamental, suas leis (no sentido de relações necessárias) que regem a produção, a distribuição e o consumo, ou, mais especificamente, as leis (econômicas) que regem preços, moeda, crédito, câmbio etc.

Aqui, porém, a Constituição econômica a que se faz referência é *jurídica*. Trata-se da *Constituição juridicamente definida da economia*. Mas, quanto à Constituição econômica, cumpre também distinguir entre Constituição “material” e Constituição “formal”, tal qual se dá com referência à Constituição política.

5. OBJETO

O Direito Constitucional Econômico tem, pois, como objeto as bases da organização jurídica da economia. Seu propósito é estabelecer o controle da economia, porque esta enseja fenômenos de poder. Consiste, assim, nas regras jurídicas que regem a atuação do indivíduo, dos grupos, do Estado, no domínio econômico. Compreende, pois, as *normas jurídicas básicas que regulam a economia, disciplinando-a, e especialmente controlam o poder econômico, limitando-o, com o fito de prevenir-lhe os abusos*.

6. CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA FORMAL

Como se faz a propósito da Constituição política, também cabe, com referência à Constituição econômica, estabelecer sua conceituação tanto formal quanto material. *A Constituição econômica formal é o conjunto de normas que, incluídas na Constituição, escrita, formal do Estado, versam o econômico.* Inexistindo até hoje a formulação da Constituição econômica num documento exclusivo, esta Constituição aparece nos textos escritos como uma espécie de complemento, ou apenso, da Constituição política. Isto, porém, é um fenômeno decorrente da história, visto como, bem antes de surgir a preocupação de controlar o poder econômico, já era o poder político objeto de disciplinamento constitucional.

A primeira tentativa de dar tratamento constitucional sistematizado ao fenômeno econômico está, como se viu acima, na Constituição alemã de 11 de agosto de 1919. As Constituições liberais — relembre-se — não possuíam normas que visassem diretamente à disciplina da economia, conquanto nelas houvesse regras de repercussão econômica.

O modelo de Weimar, todavia, não importava num tratamento completo da matéria econômica. Longe mesmo fica de abordar todos os pontos fundamentais de uma ordenação jurídica da economia. Contém, sobretudo, afirmações de princípio, não raro declarações pias de intenções generosas, bem como numerosos lugares comuns.

É indiscutível, porém, que, nessa Constituição, como nas que lhe seguiram os passos, se encontra uma *Constituição econômica formal. Há regras formalmente constitucionais que definem pontos fundamentais da organização jurídica da economia.*

A fortiori, existe nas Constituições que, por primeiro, incluíram uma ordenação mais ou menos completa e sistemática da economia, uma Constituição econômica formal. É, como se assinalou, o caso de Portugal em 1976, da Espanha em 1978, e o do Brasil na Constituição de 5 de outubro de 1988.

7. CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA MATERIAL

Encarada em sentido material, a Constituição econômica abrange todas as normas que definem os pontos fundamentais da organização econômica, estejam ou não incluídas no documento formal que é a Constituição escrita. Frequente é, aliás, que a Constituição econômica material seja mais extensa que a Constituição formalizada.

As regras jurídicas, portanto, que integram a Constituição material, caracterizam-se não pela forma e sim pelo conteúdo. Esse conteúdo, ou matéria, é o fundamental para a organização da economia.

8. ELEMENTOS ESSENCIAIS DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA MATERIAL

Vale aprofundar a análise da “matéria” da Constituição econômica.

Que compreende essa “matéria”? Quais são os pontos essenciais da Constituição econômica encarada no aspecto material?

Indiscutivelmente aí se incluem: (1) *A definição do tipo de organização econômica*, que de perto se relaciona com (2) *a delimitação de campo entre a iniciativa privada e a pública*, e mais (3) *a determinação do regime básico dos fatores de produção, capital e trabalho*, tudo isto encimado pela (4) *finalidade* atribuída à atividade econômica.

9. TIPOS DE ORGANIZAÇÃO ECONÔMICA: ECONOMIA DESCENTRALIZADA

Distinguem os especialistas dois tipos de organização econômica, isto é, dois modos pelos quais se concilia a oferta com a demanda.

Um, o de *economia descentralizada*. Este é marcado, segundo Barre, cujas lições doravante se seguem, pelo fato de que “os planos e as ações das unidades independentes são coordenados por intermédio do mercado e da moeda” (cf. Raymond Barre, *Économie politique*, Paris, PUF, 1957, t. 1, p. 184 e s.).

Quatro são os traços que a caracterizam:

1) “É uma economia de mercado”, constituído este por redes de troca entre centros de produção, de oferta de fatores e de consumo, ligados por uma solidariedade funcional. “A economia é multipolar.”

2) “É uma economia de empresa.” Esta é “a unidade econômica de produção que assegura a ligação entre os mercados de bens e serviços (demanda de consumo final) e os mercados de fatores de produção (trabalho e capital). Mais do que à combinação de quantidades de fatores, o empresário procede a combinações de preços e é guiado por uma comparação de preços (preço de custo e preço de venda)”.

3) “É uma economia de cálculos em moeda.” Esta é “o denominador comum das experiências dos sujeitos econômicos. Os preços, relações entre bens e moeda, exprimem e medem as tensões de escassez da vida econômica, traduzem as necessidades e as pretensões entre as quais se instaura um equilíbrio econômico”.

4) “É uma economia em que o Estado exerce somente uma intervenção indireta e global.” Indireta, ou seja, “respeita a liberdade de decisão dos que demandam e dos que ofertam e a liberdade de formação dos preços. Certamente, o Estado pode influenciar estas liberdades por uma política financeira, monetária ou social, mas a liberdade de disposição dos agentes econômicos, em última análise, não é eliminada. A economia é somente orientada”. Esta intervenção estatal é global, ou seja, “não desce a pormenores do mecanismo econômico. Atua sobre ‘as grandes linhas’ (Tinbergen) da atividade econômica (condições da repartição, nível da demanda global, regras de concorrência)”.

Neste tipo, enfim, salienta o mestre francês, “o Estado procura proteger o mercado, melhorá-lo e não destruí-lo. Assim, fala-se frequentemente de ‘intervenção conforme’, isto é, respeitosa da lógica interna da economia de mercado e de empresa”.

10. ECONOMIA CENTRALIZADA

Esta é a *economia comandada de um centro de decisões*. Suas características são:

1) “É uma economia à base de injunções.” Sublinha Barre que “todas as ações econômicas são submetidas a um conjunto de ordens em números, endereçadas pelo Estado, que é o único centro de decisão, aos agentes econômicos: a economia é unipolar. A intervenção do Estado é direta e pormenorizada. Suas prescrições são imperativas”.

Acrescenta o mesmo professor:

“A ação do Estado é totalitária num tríplice sentido: determina os objetivos da economia, os meios para atingir esses objetivos e fixa o período de realização desses objetivos”. Motivo por que “à coerção do mercado, se substitui a coerção do Estado”.

2) “É uma economia de unidades técnicas de produção.” Nela, “a empresa e o empresário

desaparecem”. Em lugar deste, que procura ocasiões de lucro, satisfazendo necessidades de consumo, colocam-se técnicos, incumbidos de executar as ordens sobre o volume de produção, utilizando os fatores que tenham sido alocados no plano.

3) “É uma economia de cálculos técnicos e objetivos.” Com efeito, aos cálculos do empresário “se substituem avaliações administrativas puramente convencionais: os planos ou ordens das autoridades centrais são estabelecidos sobre o cálculo de quantidades físicas, às quais se atribuem valores globais contábeis. A noção de custo econômico igualmente se apaga”.

11. ECONOMIA MISTA

Os dois tipos referidos — economia descentralizada e economia centralizada — são formas puras, que fornecem um quadro de referência para o estudo da realidade. Convém acrescentar que Barre nega a existência de uma economia mista, decorrente da *justaposição de um setor público a um setor privado*. Na sua opinião, de duas uma: ou o setor público obedece às indicações do mercado, ou não o faz, seguindo um plano. Na primeira hipótese, indubitavelmente existe economia de mercado, apesar da participação de um setor público mais ou menos amplo, mais ou menos importante. Na segunda, caso o setor público seja dominante, existe economia centralizada, ou uma variante desta.

12. A INICIATIVA ECONÔMICA

O segundo ponto fundamental numa constituição econômica é a delimitação de campo entre a iniciativa privada e a pública. Isto evidentemente reflete, numa larga medida, a opção por um dos dois tipos básicos de organização econômica.

A economia descentralizada se desenvolveu com a plena liberdade de iniciativa privada, a um tempo em que se condenava qualquer intervenção do Estado no domínio econômico. Isto embora, segundo aponta Ripert, o Estado jamais tenha ficado totalmente alheio à atividade econômica (cf. Georges Ripert, *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*, trad. port., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1947).

Hoje, tolera-se como compatível com a economia descentralizada o planejamento (indicativo) por parte do Estado, sua intervenção frequente e multifária, bem como sua atuação direta, como empresário, nos campos da produção e do consumo.

Esta coexistência de iniciativa privada e atuação pública no plano econômico reclama uma delimitação. Do contrário, há o risco de que se desnature o tipo de organização econômica. De fato, quando o setor público se torna dominante, é fortíssimo o impulso para a adoção da economia centralizada, enquanto se faz muito difícil, e precária, a sobrevivência do empresário particular.

É verdade que nas economias centralizadas sempre subsiste um setor residual para iniciativa particular. Tem ele, porém, caráter marginal, de importância negligenciável.

13. O REGIME DOS FATORES DE PRODUÇÃO

O terceiro é o regime jurídico dos fatores de produção.

Aqui se inclui a base do regime da propriedade, especialmente da terra e dos meios de produção: o capital, em sentido estrito. Obviamente este regime é intimamente relacionado com a delimitação de campos acima referida e se inscreve no quadro do tipo de organização econômica. A economia descentralizada, por exemplo, presume propriedade privada dos meios de produção, inclusive da

terra, e livre iniciativa sem maiores embaraços. A centralizada, ao invés, capital estatizado e fortes restrições à liberdade de empreender.

Insere-se também neste elemento o regime do trabalho, ou seja, as regras que fixam as relações entre o empregado e o empregador. Tais normas podem deixar essas relações à livre estipulação entre as partes (como queria o liberalismo clássico), podem prefixar um mínimo de direitos garantidos ao trabalhador, especialmente quanto a salários e condições do trabalho (como ocorre nos estados “sociais” atualmente), ou prescrevê-las por inteiro, definindo um estatuto (o que se dá nas economias centralizadas, como ocorria na extinta URSS).

14. A FINALIDADE DA ORGANIZAÇÃO ECONÔMICA

O último é a finalidade atribuída à organização econômica, modelada de acordo com os elementos anteriormente mencionados. É certo que toda organização econômica visa, em última análise, à satisfação das necessidades da comunidade. Entretanto, podem-se considerar sob a rubrica “finalidade”, tomado o termo num sentido lato, tanto os objetivos que se propõem à economia quanto o valor atribuído aos móveis da conduta econômica humana.

Com efeito, costumam ser impostos à economia objetivos, como o poderio do Estado, o bem-estar dos indivíduos (que é mais do que a mera subsistência da comunidade) etc., consoante revela o estudo comparado das constituições econômicas.

Por outro lado, encarando-se o móvel dos agentes econômicos, vários posicionamentos constitucionais podem ser distinguidos, como, aliás, na história se revelam. Um se caracteriza por privilegiar o lucro, visto como mola mestra da ação econômica, e, em consequência, pautar a conduta da sociedade no plano econômico pelo *enrichissez-vous*. Outro, oposto, proscree o lucro, esperando que cada indivíduo dê de si segundo suas possibilidades ou capacidades, numa atitude altruísta. Esta visão idealista, claramente presente no mundo de hoje, ora deriva da religião (caso de algumas correntes cristãs), ora de ideologia leiga. Um terceiro, a procurar um meio-termo, propõe que a busca do lucro seja tolerada, desde que compensada por uma redistribuição inspirada na justiça social.

Capítulo 36

BASES E VALORES DA ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA

SUMÁRIO: 1. Considerações gerais. 2. Os princípios do ordenamento constitucional econômico e sua inspiração. 3. A justiça social. 4. O desenvolvimento econômico. 5. A liberdade de iniciativa. 6. A valorização do trabalho humano. 7. A função social da propriedade. 8. A expansão das oportunidades de emprego produtivo. 9. Soberania nacional. 10. Defesa do consumidor. 11. Defesa do meio ambiente. 12. Favorecimento às empresas nacionais de pequeno porte. 13. Os direitos do trabalhador.

LEITURA COMPLEMENTAR: Jean-Yves Calvez e Perrin, *Église et société économique*, Paris, 1959; Washington Albino Peluso de Sousa, *Do econômico nas Constituições vigentes*, Belo Horizonte, 1961.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Até a Primeira Guerra Mundial, como já se assinalou anteriormente, as Constituições só se preocupavam com a organização política. A essa regra abre exceção a revolucionária Constituição mexicana de 1917 cuja influência imediata foi pequena.

Na verdade, foram as Constituições do pós-guerra, Weimar (1919) e outras, que procuravam acrescentar às Constituições normas que estendessem aos campos econômico e social os valores, se não os mecanismos, democráticos. Daí em diante, no Brasil, a partir de 1934, em geral se abriu espaço nas Constituições para a *ordem econômica e social*.

Assim, ao lado dos preceitos sobre a organização política — órgãos governamentais, divisão de competências etc. — as Constituições modernas passaram a conter também um complexo de regras autoaplicáveis e princípios programáticos destinados a dar raízes, nos planos econômico e social, à democracia política.

A Constituição de 1988 abriu um título, o sétimo, para a “Ordem econômica e financeira”.

2. OS PRINCÍPIOS DO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO E SUA INSPIRAÇÃO

A Constituição vigente, ao fixar os princípios fundamentais do ordenamento econômico, não fugiu à linha traçada pela Lei Magna anterior. Seguindo-a, embora, não a copiou. Antes, explicitou o que na obra dos constituintes anteriores fora, talvez, sintetizado demais.

Como as Leis Fundamentais de 1946 e 1967, a nova Carta nesse ponto, como noutros, revela influência nítida da doutrina social da Igreja e particularmente dos documentos pontifícios mais recentes, como a *Mater et Magistra*. Atenta, porém, às ideias do seu tempo, não olvidou de sublinhar o desenvolvimento econômico e a repressão aos abusos do poder econômico, erigidos, hoje, em pilares de nossa ordem econômica.

3. A JUSTIÇA SOCIAL

Essa ordem é dominada pelo princípio da justiça social. De fato, o art. 170 indica a justiça social como uma das metas da ordem econômica brasileira.

A expressão “justiça social” longe está de possuir sentido unívoco. Presta-se, por isso, a interpretação contraditória. Seu uso, porém, é corrente, divulgado especialmente pela doutrina social da Igreja. Na verdade, pode-se dizer que essa expressão logrou emprego na Constituição, tanto por sua dubiedade quanto por ser difundida em todos os púlpitos, embora nem sempre com a mesma conotação. Pode-se, portanto, sustentar que, no texto de 1988, o sentido dessa expressão não refoge ao que tem nos documentos papais. Todavia, é forçoso sublinhar que ferve a polêmica entre os teólogos quanto ao verdadeiro alcance da mesma nas encíclicas pontifícias (Calvez e Perrin, *Église et société économique*, Paris, 1959, p. 543 e s.). Para estes autores, que merecem ser seguidos, a justiça social é a virtude que ordena para o bem comum todos os atos humanos exteriores (p. 202). Assim, a afirmação constitucional significa que a ordem econômica deve ser orientada para o bem comum.

4. O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Outra das metas da ordem econômica é a do desenvolvimento econômico, na linguagem da

Constituição vigente enfocada como “redução das desigualdades regionais e sociais” (art. 170, VII). Nos países como o Brasil, em que a maior parte da população ainda vive na pobreza, senão na miséria, é imperiosa a luta em favor do desenvolvimento econômico. Este é, na verdade, condição da justiça social, já que não é possível assegurar a todo o povo uma vida digna, se a produção nacional não atingiu grau elevado.

É preciso sublinhar, porém, que o desenvolvimento não é um fim em si mas um simples meio para o bem-estar geral. Dessa forma, tem ele de ser razoavelmente dosado para que não sejam impostos a alguns, ou mesmo a toda uma geração, sacrifícios sobre-humanos, cujo resultado somente beneficiará as gerações futuras, ou que só servirão para a ostentação de potência do Estado.

5. A LIBERDADE DE INICIATIVA

A interpretação acima, que atribui à expressão justiça social o sentido que tem na doutrina social da Igreja, se fortalece quando se considera que outro princípio que o art. 170 consagra é o da liberdade de iniciativa.

Como reflexo da liberdade humana, a liberdade de iniciativa no campo econômico mereceu acolhida nas encíclicas de caráter social, inclusive na célebre encíclica *Mater et Magistra*. Esta, textualmente, afirma que “no campo econômico, a parte principal compete à iniciativa privada dos cidadãos, quer ajam em particular, quer associados de diferentes maneiras a outros” (2ª parte, n. 1).

Daí decorre que ao Estado cabe na ordem econômica posição secundária, embora importante, já que sua ação deve reger-se pelo chamado “princípio da subsidiariedade” e deve ser tal que “não reprima a liberdade de iniciativa particular, mas antes a aumente, para a garantia e proteção dos direitos essenciais de cada indivíduo” (id., ibid.).

O princípio da livre iniciativa reclama a livre concorrência, que também é erigida em princípio (art. 170, IV).

6. A VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO

É também princípio sublinhado pelo constituinte, dentro ainda da linha firmada pela doutrina social da Igreja, o da *valorização do trabalho humano*.

Numa indubitável reação contra os que não veem no trabalho mais do que uma mercadoria, a Igreja timbrou em reafirmar o valor cristão do trabalho. E, como notam Calvez e Perrin, a Igreja reconhece no trabalho uma verdadeira nobreza, por sua relação com a obra criadora do próprio Deus (*Église*, cit., p. 295).

Na verdade, o trabalho é ao mesmo tempo um direito e uma obrigação de cada indivíduo. Como direito, deflui diretamente do direito à vida. Para viver, tem o homem de trabalhar. A ordem econômica que lhe rejeitar o trabalho, lhe recusa o direito a sobreviver. Como obrigação, deriva do fato de viver o homem em sociedade, de tal sorte que o todo depende da colaboração de cada um.

7. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Outro dos princípios fundamentais da ordem econômica, segundo a Constituição vigente, é o da propriedade privada (art. 170, II) e de sua função social (art. 170, III). Com isso, condena ela a concepção absoluta da propriedade segundo a qual esta é o direito de usar, gozar e tirar todo o proveito de uma coisa, de modo puramente egoístico, sem levar em conta o interesse alheio e

particularmente o da sociedade.

Reconhecendo a função social da propriedade, sem a renegar, a Constituição não nega o direito exclusivo do dono sobre a coisa, mas exige que o uso da coisa seja condicionado ao bem-estar geral. Não ficou, pois, longe o constituinte da concepção tomista de que o proprietário é um procurador da comunidade para a gestão de bens destinados a servir a todos, embora não pertençam a todos.

Por outro lado, preocupa-se a Constituição com a difusão da propriedade, especialmente territorial rural. Tendo presente a necessidade de fixar o lavrador à terra e de lhe dar maior estímulo para o trabalho, fazendo-o dono do solo que cultiva, a nova lei fundamental conservou em seu corpo as regras sobre desapropriação por interesse social de propriedades rurais, que a Emenda n. 10 à Constituição de 1946 havia adotado para facilitar a “reforma agrária”. Assim, o art. 184 permite que a indenização, nas expropriações para redistribuição de terra no campo, se fizesse em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos.

8. A EXPANSÃO DAS OPORTUNIDADES DE EMPREGO PRODUTIVO

Não esquece a Constituição de mencionar entre os princípios básicos da ordem econômica a expansão das oportunidades de emprego produtivo, quer dizer, a “busca do pleno emprego”. Realmente, não basta valorizar o trabalho, é necessário, em sociedades como a nossa, criar oportunidades de trabalho, para que todos possam viver dignamente, do próprio esforço.

9. SOBERANIA NACIONAL

Esta não era posta como princípio da ordem econômica pelo direito anterior. Sua menção traduz o espírito “nacionalista” da nova Lei Magna. Revela a preocupação de que, mesmo no plano da economia, o País não esteja sujeito a ditames estrangeiros. O problema, porém, é que a economia moderna está cada vez mais integrada no plano mundial, o que dificulta, se não impede, o desenvolvimento de uma economia ao mesmo tempo pujante e desvinculada das demais.

10. DEFESA DO CONSUMIDOR

Aqui não está propriamente um princípio de ordenação econômica mas sim a ênfase da necessidade de se proteger o consumidor contra abusos. Liga-se este princípio à norma do art. 5º, XXXII, que manda o Estado promover a defesa do consumidor.

11. DEFESA DO MEIO AMBIENTE

Em boa hora o constituinte se apercebeu que a expansão das atividades tem como limite natural a defesa do meio ambiente. A deterioração deste ameaça a própria sobrevivência da humanidade.

12. FAVORECIMENTO ÀS EMPRESAS NACIONAIS DE PEQUENO PORTE

Numa era de gigantismo empresarial, a sobrevivência das empresas de pequeno porte é extremamente difícil. São elas, porém, um elemento de equilíbrio e, conseqüentemente, merecem um tratamento especial.

13. OS DIREITOS DO TRABALHADOR

Estas bases inspiram o reconhecimento de direitos especiais ao trabalhador. Tais direitos são enumerados principalmente no art. 7º que fixa as bases do Direito do Trabalho.

Na Constituição vigente, tais direitos muito ganharam em extensão e importância. É verdade que muitos deles estão contidos em normas não autoexecutáveis, de modo que não se pode prever quando terão plena eficácia.

Os principais direitos do trabalhador são: 1) emprego protegido contra despedida arbitrária ou sem justa causa, com indenização compensatória; 2) salário mínimo, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família; 3) irredutibilidade do salário; 4) participação nos lucros, ou resultados, conforme definido em lei; 5) duração do trabalho normal não superior a quarenta e quatro horas; 6) gozo de férias anuais remuneradas, com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; 7) aviso prévio proporcional ao tempo de serviço; 8) adicional de remuneração para atividades penosas, insalubres ou perigosas; 9) aposentadoria; 10) seguro contra acidentes do trabalho etc.

Capítulo 37

A ATUAÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

SUMÁRIO: 1. Orientação básica: neoliberal. 2. A doutrina social da Igreja. 3. A socialista-democrática. 4. A marxista. 5. A corrente estatista. 6. O econômico na Constituição vigente. 7. Iniciativa privada *versus* iniciativa estatal. 8. Igualdade na competição. 9. Empresa brasileira de capital nacional e de capital estrangeiro.

1. ORIENTAÇÃO BÁSICA: NEOLIBERAL

Inerente à democracia providencialista é a intervenção estatal no domínio econômico.

Condenada pelo liberalismo clássico, a intervenção do Estado no domínio econômico é hoje admitida pelos próprios neoliberais. Na verdade, raros são os que ainda discutem a sua legitimidade, embora ferva a polêmica sobre seus limites.

Três orientações principais se desenham no Ocidente a propósito da intervenção estatal no domínio econômico, ainda que, em sua aplicação prática, muita vez seja difícil distingui-las.

A primeira é de cunho neoliberal. Esta considera inabalado o princípio de que a vida econômica é regida por leis naturais, cuja ação não deve ser embaraçada. Contudo, reconhece que os embaraços à ação dessas leis podem provir também de indivíduos e grupos e não apenas do Estado, embaraços que as próprias leis econômicas viriam a suplantar mas a longo prazo e com alto custo. Destarte, convém que esses óbices sejam eliminados, não sendo antinatural a intervenção que o fizer. Assim, admitem os neoliberais a intervenção repressiva do Estado no domínio econômico — a intervenção destinada a suprimir os entraves ao livre jogo das leis naturais. Essa orientação é que, por exemplo, inspira a legislação americana antitrustes, pois estes impedem a ação da concorrência.

2. A DOCTRINA SOCIAL DA IGREJA

Outro caráter imprime à intervenção do Estado no domínio econômico a doutrina social da Igreja. Esta a encara em termos bem mais amplos. De fato, não só recomenda a intervenção para reprimir abusos, como também a intervenção para espaldar a iniciativa particular fraca ou insuficiente (o que alguns neoliberais igualmente fazem), mas sobretudo a considera lícita para assegurar a todos uma vida digna. Admite, portanto, uma intervenção de cunho positivo. Na verdade, chega a admitir a intervenção do Estado para prevenir que, em certos setores-chave da vida econômica, tomem particulares preeminência que ameace o bem comum, donde se deduz a legitimidade de certas “nacionalizações”, ou melhor, “estatizações”.

3. A SOCIALISTA-DEMOCRÁTICA

Enfim, terceira corrente se pode identificar no socialismo não marxista, hoje predominante na Escandinávia, no trabalhismo britânico etc. Esta entende que o Estado deve controlar toda a vida econômica, planejando-a, não apenas cuidando de reparar erros ou corrigir abusos. Mas ainda deve ao Estado pertencer o monopólio de certas explorações — petróleo, energia elétrica etc. — essenciais para a vida nacional, embora à iniciativa particular seja deixado campo ainda vasto, se bem que debaixo de minuciosa regulamentação.

4. A MARXISTA

Em oposição às três correntes mencionadas, ergue-se, como é sabido, a marxista. Esta pretende a centralização de toda a economia sob o comando político do Partido. Recusa a propriedade privada dos meios de produção e só admite a iniciativa privada em setores desprezíveis da economia. Tem ela inúmeros adeptos no Terceiro Mundo, embora a maioria destes melhor se inscreva numa quinta corrente — a estatista.

5. A CORRENTE ESTATISTA

Esta não é autenticamente marxista, na medida em que encara o Estado como uma força sempre benfazeja. O marxismo, como se sabe, vê no Estado um opressor e prega, é verdade, para um futuro que não se enxerga, a disparição do Estado. Guarda dele, porém, o vocabulário.

Entende que o Estado deve reger a economia, ignorando o mercado. O plano econômico, os comandos do Estado é que devem reger, racionalmente, a economia, em benefício de todos. Em particular, contra o capital estrangeiro “espoliador”, contra o capitalista explorador etc.

Contrariando todas as lições da ciência econômica, o resultado de sua atuação, como aponta a experiência, é sempre desastroso. Exige uma máquina estatal imensa, bem paga e ineficiente, provoca inflação galopante, conduz a economia ao caos. Mas guarda boa consciência: o culpado de seus fracassos são sempre os outros...

6. O ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO VIGENTE

Ao contrário da Constituição anterior, cuja inspiração era neoliberal, embora na prática não o tenha sido, a Constituição vigente é nitidamente estatista no plano econômico.

O art. 174 define o Estado “como agente normativo e regulador da atividade econômica”. Assim,

não seria o mercado, como é típico de uma economia descentralizada (ou liberal), mas o Poder Público, segundo é próprio de uma economia de tipo centralizado (ou soviético), que regeria a economia. Isto colide com os princípios de livre iniciativa, livre concorrência, que a Constituição consagra (arts. 1º, IV, 170, *caput* e inc. IV), que atenuam esse centralismo econômico.

Por outro lado, o art. 174 prevê o planejamento, outro dos elementos de uma economia centralizada. Entretanto, só o considera “determinante”, isto é, obrigatório para o setor público. Para o setor privado, ele é apenas indicativo: sugere metas desejáveis. É verdade que, se o setor público realmente realizar um planejamento obrigatório, a ele deverá ser dada uma prioridade de recursos, matérias-primas, divisas etc., que forçosamente sacrificaria demais o setor privado.

7. INICIATIVA PRIVADA VERSUS INICIATIVA ESTATAL

Em contradição com o art. 174, é inequívoco que o art. 173 dá à iniciativa privada a primazia no plano da atividade econômica. Ela é a regra, a iniciativa estatal, a exceção.

A iniciativa estatal poderá ter lugar em duas — largas — hipóteses: quando necessário para a segurança nacional ou quando necessário ao atendimento de “relevante interesse coletivo”, na forma da lei. Isto significa que, apesar de reconhecida a primazia da iniciativa privada, caberá a atuação do Estado como empresário onde o legislador, numa decisão política, entender existir um “relevante interesse coletivo”. Não há, pois, garantia segura e efetiva contra o avanço da estatização na economia.

8. IGUALDADE NA COMPETIÇÃO

A Emenda Constitucional n. 19/98 flexibilizou o direito anterior, inclusive o texto primitivo da Constituição em vigor (art. 173), no tocante à igualdade entre empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica e as empresas privadas.

Hoje, na redação vigente do art. 173, § 1º, a lei que estabelecer o estatuto jurídico de tais empresas vinculadas ao Estado *disporá* sobre sua sujeição ao regime jurídico das empresas privadas relativamente a direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários (inc. II), o que significa poder abrir exceções a essa igualização, dando-lhes condições especiais.

Fica, todavia, expressamente vedado conferir a essas empresas estatais “privilégios fiscais não extensivos às empresas particulares” (§ 2º).

9. EMPRESA BRASILEIRA DE CAPITAL NACIONAL E DE CAPITAL ESTRANGEIRO

A Emenda Constitucional n. 6/95 revogou o art. 171 da Constituição, que definia a nacionalidade das pessoas jurídicas. Tal matéria, portanto, passa a ser regulada por lei ordinária.

Parte VII

A ORDEM SOCIAL

SUMÁRIO: 1. Plano desta Parte.

1. PLANO DESTA PARTE

A Constituição deu particular destaque à ordem social, à qual dedicou oito capítulos. Estudá-los detidamente seria muito longo, e fugiria ao campo tradicional do direito constitucional. Por isso, apenas serão sublinhados os seus pontos principais.

Capítulo 38

A ORDEM SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO VIGENTE

SUMÁRIO: 1. Base da ordem social. 2. Seguridade social. 3. Saúde. 4. Previdência social. 5. Assistência social. 6. Educação. 7. Cultura. 8. Desporto. 9. Ciência e tecnologia. 10. Comunicação social. 11. Meio ambiente. 12. Família. 13. Criança, adolescente, jovem e idoso. 14. Índios.

1. BASE DA ORDEM SOCIAL

A Constituição enfatiza como base da ordem social o primado do trabalho e como seus objetivos o bem-estar e a justiça sociais. Sobre estes pontos já se discorreu a propósito da ordem econômica.

2. SEGURIDADE SOCIAL

Este capítulo fixa princípios e regras gerais que devem assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Neste campo, o primeiro e principal dos princípios é o da “universalidade da cobertura e do atendimento”. Outro, o do “caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade em especial de trabalhadores, empresários e aposentados”.

3. SAÚDE

Esta é afirmada como direito de todos e dever do Estado.

As ações e serviços de saúde são considerados de relevância pública, devendo essas ações e serviços públicos de saúde ser integrados numa rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único.

Entretanto, a assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

4. PREVIDÊNCIA SOCIAL

Destina-se a previdência a atender à cobertura dos eventos de doença, invalidez e morte, incluídos os resultantes de acidentes do trabalho, velhice e reclusão, bem como à ajuda à manutenção dos dependentes dos segurados de baixa renda, à proteção à maternidade, especialmente à gestante, à proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário, à pensão por morte do segurado.

5. ASSISTÊNCIA SOCIAL

Esta será prestada a quem dela necessitar. Tem por objetivos a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice, às crianças e adolescentes carentes.

6. EDUCAÇÃO

É afirmado o direito à educação como um direito de todos, ao qual corresponde o dever da família e do Estado.

O direito ao ensino obrigatório (1º grau) e gratuito é reconhecido como direito público subjetivo. Disto resulta que o titular desse direito poderá fazê-lo valer em juízo, contra o Estado, que deverá assegurar-lhe matrícula em escola pública, ou bolsa de estudos em escola particular (art. 213, § 1º) se houver falta de vagas nos cursos públicos.

O ensino obedecerá, entre outros, aos seguintes princípios: liberdade de aprender, ensinar, pesquisar, divulgar o pensamento, a arte, o saber; pluralismo de ideias e concepções pedagógicas; garantia de padrão de qualidade.

É assegurada a coexistência entre o ensino público e o privado. Este, porém, deverá ser autorizado e terá sua qualidade avaliada pelo Poder Público.

O ensino público deverá ser gratuito em todos os níveis. A ele caberá dar atendimento especializado aos portadores de deficiências, às crianças desde o nascimento até os seis anos de idade. Também promover oferta de curso noturno regular e amparar o educando, no ensino fundamental, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. Deverá empenhar-se na erradicação do analfabetismo.

Os Municípios deverão atuar prioritariamente no ensino fundamental e pré-escolar.

As universidades gozarão de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial. Obedecerão ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

7. CULTURA

Transparece neste ponto a preocupação de fazer do Estado o protetor de todas as manifestações culturais. Em especial do patrimônio cultural brasileiro, o qual lhe incumbe preservar de todos os modos. Cabe-lhe, também, estimular-lhe o desenvolvimento pelo incentivo para a produção e a divulgação de bens e valores culturais.

8. DESPORTO

Atribui-se ao Estado o dever de fomentar as práticas desportivas, formais ou não formais. Estas, com efeito, contribuem para a higidez do povo.

9. CIÊNCIA E TECNOLOGIA

Reconhecendo a importância que assumem no Estado contemporâneo a ciência e a tecnologia, a Constituição de 1988 dá ao Estado a tarefa de promover o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

10. COMUNICAÇÃO SOCIAL

Este capítulo da ordem social procura dar tratamento sistemático ao problema da comunicação social. Este é crucial para a democracia. De fato, é por meio desta que o cidadão se informa sobre os temas públicos e numa larga medida forma a sua opinião. Ademais, não é preciso encarecer o relevo que tem para a própria educação o impacto dos meios audiovisuais de comunicação social.

O texto constitucional firma um princípio geral de plena liberdade. Como contrapartida enfatiza o direito à resposta e a responsabilidade por danos materiais e morais, inclusive à imagem. Proíbe terminantemente toda e qualquer forma de censura.

No tocante a diversões e espetáculos públicos, propõe uma atuação orientadora do Poder Público.

Promete meios legais que garantam à pessoa e à família a defesa contra programas ou programações de rádio e televisão — cinema, não — que desrespeitem valores éticos e sociais — religiosos aqui inclusos — da pessoa e da família.

A propriedade das empresas de comunicação social — jornais, revistas, rádio, cinema e televisão — cabe exclusivamente a brasileiros natos ou a brasileiros naturalizados há mais de dez anos (art. 222, *caput*). Entretanto, depois da Emenda Constitucional n. 36/2002, é admitida a participação de empresas estrangeiras, ou de estrangeiros, no capital total e no capital votante dessas empresas, desde que não ultrapasse 30%. Isto, na forma disciplinada em lei (art. 222, § 1º).

A brasileiros, natos ou naturalizados há mais de dez anos, é, todavia, reservada a responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada (art. 222, § 3º). A intenção disto é fazer com que os meios de comunicação social não atuem sob orientação estrangeira. A norma, contudo, é facilmente contornável.

11. MEIO AMBIENTE

Consagra a nova Constituição o direito (de 3ª geração) de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida. Coloca-o sob a proteção da coletividade e do Poder Público. A este atribui numerosas incumbências, que evidentemente deverão ser exercidas dentro da esfera de competências própria a cada um. Quer dizer, ao Poder Público federal segundo a competência federal, ao estadual segundo a competência dos Estados etc.

12. FAMÍLIA

Seguindo a tradição, a Constituição afirma, no *caput* do art. 226, ser a família a “base da sociedade” e ter direito à “especial proteção do Estado”.

Entretanto, a Lei Magna não vê liame necessário entre a família e o casamento, como se dava no direito constitucional a ela anterior. No que tange ao casamento, não somente ela aceitou o divórcio adotado por Emenda à Constituição anterior (n. 9/77), abandonando, pois, a indissolubilidade do vínculo matrimonial, mas também vem facilitando tal dissolução, abolindo obstáculos, do que faz fé a Emenda Constitucional n. 66/2010.

A Constituição reconhece igualmente como entidade familiar a união estável (art. 226, § 3º), embora neste passo preveja que a lei deverá facilitar a sua conversão em casamento. Note-se mais que o texto desse parágrafo é expresso em prever que a união estável a ser protegida como entidade familiar haveria de ser aquela formada entre homem e mulher. Os anais da Constituinte mostram claramente que esta referência visava a impedir que fossem reconhecidas como uniões estáveis as agora chamadas uniões homoafetivas, ou seja, uniões entre homossexuais. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132/RJ, relatada pelo Min. Ayres de Brito, reconheceu essas uniões homoafetivas como uniões estáveis.

Dois pontos ainda merecem ser destacados.

Um é o reconhecimento como entidade familiar de comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º).

Outro é o estabelecimento da plena igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher na sociedade conjugal (art. 226, § 5º).

13. CRIANÇA, ADOLESCENTE, JOVEM E IDOSO

Enfatiza a nova Constituição a proteção à criança, ao adolescente e ao idoso.

Timbra o texto, no art. 228, em consagrar a inimputabilidade penal do menor de dezoito anos. É incoerente esta previsão se se recordar que o direito de votar — a maioria política — pode ser alcançado aos dezesseis anos...

A Emenda n. 65/2010 veio a postular a proteção, além da já prevista para a família, a criança e o adolescente, para o jovem. Isto se reflete na nova redação dada ao art. 227, no qual passa a ser o jovem expressamente mencionado sempre que o texto anterior falava em criança e adolescente.

Mais, ela edita a previsão, num novo parágrafo, o 8º, de um “estatuto da juventude” e de um “plano nacional da juventude”. Estes documentos é que darão o verdadeiro alcance da inovação.

14. ÍNDIOS

Preocupa-se sobretudo a Constituição de 1988 em proteger o indígena. Reconhecer-lhe o direito à organização social própria, aos costumes, línguas, crenças e tradições. E, sobretudo, às terras que “tradicionalmente ocupam”. Tais terras são aquelas por eles habitadas, utilizadas para atividades produtivas, bem como as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar. Também as necessárias à sua reprodução física e “cultural” (!), segundo seus usos, costumes e tradições. Sobre tais terras tradicionalmente “ocupadas”, cabe-lhes a posse permanente. Tão larga é esta caracterização que talvez fosse mais fácil ao constituinte discriminar as terras suscetíveis de ocupação por não índios...

Ademais, o aproveitamento dos recursos hídricos e de outras riquezas situadas em “terras indígenas” pressupõe a autorização do Congresso Nacional, “ouvidas as comunidades afetadas”, cuja opinião evidentemente não terá caráter decisivo.

Parte VIII

A EFETIVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

SUMÁRIO: 1. Plano desta Parte.

1. PLANO DESTA PARTE

Apresentada nas Partes anteriores a parte substantiva do direito constitucional, não descabe, nesta, enfrentar alguns aspectos técnico-jurídicos, que são importantes para a efetivação da Constituição.

Ora, uma Constituição é efetiva quando realmente rege a vida do Estado que ela organiza. Em outras palavras, para que ela seja efetiva, necessário se torna que ela seja aplicada, toda a vez que for o caso, na vida desse Estado.

Para aplicar a Constituição, como para aplicar toda e qualquer norma jurídica, é indispensável interpretá-la. Em razão disso, o primeiro dos capítulos desta Parte trata da *interpretação da Constituição*, tendo em vista a doutrina geral da hermenêutica jurídica, bem como as peculiaridades decorrentes de ser a Constituição a lei suprema e a lei fundamental.

Ora, ao interpretar a Constituição, depara o aplicador com diferentes espécies de normas jurídicas. De fato, numa Constituição há normas de diversa exequibilidade, há normas que são princípios e normas que são regras (se se aceita a distinção entre princípios e regras que tão encarecida é por alguns autores contemporâneos), há normas explícitas e normas implícitas, escritas e não escritas etc. Isto obriga ao estudo das normas constitucionais nessa diversidade, que modela a sua aplicabilidade. Estudar-se-ão, pois, num segundo capítulo, as *espécies de normas constitucionais*.

Enfim, as Constituições contemporâneas — e disto é bom exemplo a brasileira de 1988 — apreciam enunciar *princípios* que hão de ser de pronto aplicados, a fim de que ocorra a desejada efetividade da Constituição. A *aplicação dos princípios constitucionais* suscita problemas peculiares, como o da colisão entre eles, como o de sua concretização, imprescindível para a acomodação dos casos concretos a seu preceito. Por isto, impõe-se o tratamento em separado da aplicação dos princípios, o que se fará no terceiro capítulo desta Parte.

Capítulo 39

A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

SUMÁRIO: 1. Linguagem e direito. 2. A interpretação. 3. Objeções da doutrina “realista”. 4. Os métodos de interpretação. 5. A interpretação autêntica. 6. A interpretação jurisprudencial. 7. *Stare decisis*, súmula e efeito vinculante. 8. As fórmulas de experiência. 9. A interpretação constitucional. 10. A lição dos antigos. 11. A lição de Maximiliano. 12. A lição de Canotilho.

1. LINGUAGEM E DIREITO

É por meio da linguagem que se exprime o direito. Este é expresso por meio de enunciados, nos quais se combinam palavras, a fim de indicar prescrições, proibições, ou permissões, ou seja, normas.

Vinculado à linguagem, o direito pressupõe que a comunidade a que se dirige apreenda igualmente a significação das expressões linguísticas. Haja destas uma apreensão comum.

Assim, o legislador e os destinatários das normas devem “falar a mesma língua”. Ou seja, o enunciado normativo (quer dizer, o texto escrito, para somente ter presente o que é mais comum na atualidade), portanto, a norma, que dele decorre, deve ter sentido idêntico para o legislador, que a edita, como para aqueles aos quais ela se dirige.

Este é o ideal. Mas, na vida de todos os dias, os ideais não são, sempre, atingidos, e isto acontece no plano da comunicação das normas.

O que edita o legislador pode ser imperfeito (ou seja, exprimir incorretamente a norma), seja porque o legislador disse mal o que queria, seja porque empregou expressões ou termos com pluralidade de sentidos (e estes são muitos). Isto evidentemente se reflete na compreensão que vai formar o destinatário da norma. Este pode entender certo o que exprime o enunciado, mas este “certo” não ser o visado pelo legislador.

Por outro lado, mesmo que o legislador exprima perfeitamente o que ele quer, o conteúdo da norma pode ser mal compreendido pelo destinatário, seja porque ele desconhece as expressões empregadas, seja porque ele dá a elas sentido diferente daquele que têm elas para o legislador. Quantas palavras não variam de sentido, numa mesma região, entre pessoas de diferente origem, ou de diverso extrato social? E esta última possibilidade aumenta em razão de que o direito, na medida em que é uma ciência, naturalmente passa a ter um vocabulário próprio, de caráter técnico, que escapa à maioria do povo.

Assim, é possível, e frequente, a incompreensão quanto à norma, ou má compreensão da norma, o que vicia a sua aplicação.

2. A INTERPRETAÇÃO

Por meio da interpretação é que o aplicador da norma, ou o destinatário desta, procura o sentido dela no exame do enunciado normativo. A interpretação, pois, visa a fazer o destinatário da norma apreender o sentido desta, mas o sentido desta tal qual é ele para o legislador (ou deve ser para este, se ele se exprime corretamente). A interpretação, por isso, tem um pressuposto, um pressuposto de boa-fé — o intérprete deve procurar o que o legislador quer, não aquilo que lhe parece melhor, ainda que mais justo. Ao menos num Estado de Direito e, sobretudo, num Estado democrático de Direito. Sim, porque somente a lei, no Estado de Direito, pode obrigar alguém a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa (princípio de legalidade, CF, art. 5º, II). E, se o Estado é democrático, apenas o povo, ou seus representantes *eleitos* podem editá-la (CF, art. 5º, parágrafo único). Especialmente num Estado democrático de Direito, em que somente a lei gera direitos e proibições, e, mais, em que a lei é fruto da representação popular.

A interpretação consiste em determinar o sentido e o alcance da norma, a partir da compreensão do enunciado que a exprime, de acordo com o pressuposto: a boa-fé. É ela um ato de conhecimento, não de vontade.

É esta a doutrina, por assim dizer, clássica.

3. OBJEÇÕES DA DOCTRINA “REALISTA”

Há uma ponderável corrente de jusfilósofos contemporâneos que põe em dúvida a lição acima indicada.

Observam eles que inexistiria um “verdadeiro” sentido da norma, pois os enunciados normativos ensejam vários sentidos para ela. Ora, havendo vários sentidos possíveis, quem vai aplicar a norma é que determina a sua significação, escolhendo entre esses sentidos possíveis. Por isso, a interpretação seria um ato de vontade, não de conhecimento.

Na observação há alguma coisa de verdade e muito de sofisma. Com efeito, mesmo que o “verdadeiro” sentido da norma seja inalcançável, há meios — os métodos de interpretação — que permitem realizar a compreensão do enunciado normativo, realizando a aproximação máxima entre o significado que a ele quis dar o legislador e o que dele apreendeu o aplicador, ou o destinatário. Afinal, é isto que reclama a comunicação entre os seres humanos. Se isto não fosse possível, impossível seria a comunicação entre os homens, pois um não compreenderia o outro.

De qualquer forma, mesmo que a interpretação seja um ato de vontade, o intérprete não pode arbitrariamente dar o sentido que quiser à norma; há um limite que advém exatamente da linguagem, sob o pressuposto da boa-fé. Como diz Umberto Eco, “a interpretação consiste em ler sob o controle do que está escrito”. Fugir disto é identificar o aplicador com o legislador (o que contraria a separação dos poderes, uma das bases do constitucionalismo).

Na verdade, frases como “a interpretação é ato de vontade”, “o intérprete produz a norma” são extremamente enganosas. Justificam-se quando significam, “entre vários sentidos possíveis, dada a ambiguidade do enunciado, que o intérprete escolhe um deles; e como escolher é ato de vontade, a interpretação é um ato de vontade”; ou, “lendo o enunciado, o intérprete dá sentido às expressões de que ele usa e, assim, produz o sentido da norma, por isso ele produz a norma” (que não é evidentemente o conjunto de sinais impressos no papel). Mas são absurdas se querem dizer que o intérprete faz a norma de acordo com sua vontade, ou o justo que pressupõe. Ou, pelo menos, renegam o sistema do Estado de Direito, porque negam o primeiro de seus princípios — o de legalidade; contestam a democracia, na qual a lei é expressão da vontade geral; abandonam a separação de poderes, que reserva ao legislador o estabelecimento da lei.

4. OS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO

Há muito são conhecidos e usados determinados métodos de interpretação. Esses métodos são procedimentos destinados a realizar a identificação entre o sentido do enunciado normativo visto pelo legislador (o emitente do enunciado) e pelo destinatário. Na verdade, eles servem para que este, o destinatário, encontre a norma (o sentido do enunciado) que editou o legislador.

Lembrem-se os principais. O primeiro método, que é ponto de partida necessário de toda a interpretação, consiste na determinação do sentido das palavras (a “letra”) de que usa o enunciado e da vinculação que entre eles existe. Isso se obtém, se necessário, pelo dicionário e pela gramática. Daí, ser esse método chamado de *método gramatical*. Leva ele a uma compreensão literal do

enunciado. Às vezes isto basta para o aplicador ou destinatário da norma.

Entretanto, a experiência ensinou que essa compreensão literal é muita vez insuficiente ou até enganosa. As palavras são frequentemente plurívocas; o legislador nem sempre se exprimiu corretamente pelo enunciado. Disso resulta a necessidade de utilização de outros métodos.

Destes, um é o *método histórico*. Procura nos fatos da elaboração do enunciado normativo a explicação deste. No caso de uma lei, verifica a sua tramitação nas câmaras, a justificativa do projeto, o parecer das comissões, as manifestações do debate, as razões de veto, se houve etc.

A aplicação desse método favorece a determinação da finalidade buscada pela norma. Esta procura da finalidade — o *método teleológico* — leva à intenção da lei (da norma), dita em latim *voluntas legis* (vontade da lei). Essa vontade da lei não se confunde com a vontade ou intenção do legislador (a motivação deste, em latim, *voluntas legislatoris*). O método teleológico esforça-se, essencialmente, por descobrir o valor que inspira a norma, não o motivo da norma, que pode ser mesquinho (p. ex., criar embaraços ao governo) ou irrelevante.

Indo além, como o direito é um sistema, nenhuma norma pode ser bem compreendida, se não for encontrado o “lugar” dessa norma no sistema jurídico, ou, mais restritamente, no sistema constitucional. Quer dizer, se não for ela posta no seu lugar (p. ex., como regra geral, como exceção). Essa integração da norma no sistema é buscada pelo método *lógico-sistemático*.

5. A INTERPRETAÇÃO AUTÊNTICA

Pode ocorrer que, em face de dúvidas quanto ao sentido da norma editada, aquele que a editou venha a proclamar a sua própria interpretação. É a interpretação do autor, a interpretação dita autêntica. É essa uma interpretação obrigatória para todos os destinatários da norma. Entretanto, ela não escapa à sina dos enunciados normativos: o enunciado que a edita precisa também ser interpretado.

6. A INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Dentre os aplicadores e, portanto, dentre os intérpretes do direito, destaca-se o juiz. Na verdade, este diz (o que é) o direito. Este é exatamente o que exprime a palavra latina *iurisdictio*, de onde vem o português *jurisdição*.

Claro, assim, está que o mais alto tribunal do país é o mais importante dos intérpretes do direito. Por isso, o mais importante dos interpretadores do direito é o tribunal que interpreta a Constituição, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal.

Os tribunais, em princípio, somente interpretam o direito na medida em que isso é necessário para aplicar as normas vigentes a casos concretos. Ao fazê-lo, definem o sentido das referidas normas, de tal forma que seu conteúdo, para efeitos práticos, é o que a elas dá a interpretação judicial. Um grande juiz da Suprema Corte americana, Wendell Holmes, exprimiu essa colocação de modo radical, ao afirmar que a Constituição dos Estados Unidos é o que a Suprema Corte diz que ela é.

Algumas Constituições admitem — é verdade — que os tribunais interpretem em abstrato, em tese, os enunciados normativos, mas isso é excepcional. No Brasil, foi isso previsto pela Emenda n. 7/77 à Constituição de 1967 (ao dar nova redação ao art. 119, I, *l* da Carta). Hoje, por força da Lei n. 9.868/99, nas ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade, pode o Supremo Tribunal Federal fixar a “interpretação conforme à Constituição”, quer dizer, aquela que deve ser dada a um ato normativo, para que este seja considerado constitucional.

A interpretação dos tribunais se exprime na sua jurisprudência, ou seja, numa posição reiterada em numerosos julgamentos quanto ao sentido de uma norma. Nessa jurisprudência, desenha-se um parâmetro de interpretação que esclarece o conteúdo da norma. A definição dessa jurisprudência, quer dizer, dessa interpretação, não exclui, porém, que, mudando os tempos ou em face de novos argumentos, o tribunal altere o entendimento a respeito da norma.

7. STARE DECISIS, SÚMULA E EFEITO VINCULANTE

No direito norte-americano, prevalece o princípio do *stare decisis*¹. Os juízos e tribunais pautam o seu entendimento quanto à definição do sentido da norma pela orientação dos órgãos judiciais que lhes são superiores. Assim, em última análise, prevalece a opinião da Suprema Corte. Mas esse *stare decisis* não impede a evolução e mesmo a mudança de orientação. É o que sucedeu quanto à discriminação racial, pois, havendo a Suprema Corte aceito no final do século XIX a doutrina do “separado, mas igual” — a doutrina de que, nos estabelecimentos públicos, escolas, meios de transporte etc., não haveria discriminação se os negros fossem separados dos brancos, desde que as instalações e condições fossem iguais — pôde ela abandoná-la, em meados do século passado — caso Brown, entre outros —, adotando a exigência da integração racial.

O direito brasileiro procurou imitar o *stare decisis*, adotando a súmula de jurisprudência e o efeito vinculante de decisões do Supremo Tribunal Federal — como se viu acima (Cap. 28). Entretanto, sendo a súmula um texto escrito, não exclui, por um lado, a problemática da interpretação, e, o que é mais grave, cristaliza a posição jurisprudencial, dificultando a sua adaptação a novos tempos, ou sua mudança em decorrência de novos argumentos. Na verdade, a súmula brasileira mais se aproxima de uma lei interpretativa editada pelo Supremo Tribunal Federal do que do *stare decisis* norte-americano.

8. AS FÓRMULAS DE EXPERIÊNCIA

A experiência de mais de dois mil anos de interpretação conduziu à condensação de brocardos que servem de orientação.

Vale apontar alguns, que arrola Carlos Maximiliano, com a advertência de que devem ser aplicados de forma prudente e não de modo mecânico. Deles, alguns já foram apontados pelos juristas romanos.

Os principais são: 1) “Conhecer a lei não é conhecer o sentido das palavras, mas sua força e poder” (“*Scire leges non hoc est verba earum tenere sed vim ac potestatem*” — Celso, *Digesto*, Liv. I, Tít. 3, Frag. 17); 2) “Não se interpreta o que é claro” (*in claris cessat interpretatio*) (Nem sempre, porém, o que parece claro o é; as aparências enganam — observo); 3) “A exceção confirma a regra”; 4) “As exceções interpretam-se restritivamente”; 5) “Casos iguais regem-se por normas iguais” (*ubi eadem ratio eadem dispositio*); 6) “Onde a lei não distingue não devemos distinguir” (*ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus*); 7) “O geral abrange o especial”; 8) “Os ônus devem ter interpretação restritiva, os benefícios, extensiva” (*odiosa restringenda, favorabilia amplianda*); 9) “Altere-se o menos possível o que sempre foi interpretado do mesmo modo” (*minime sunt mutanda quae interpretationem certam semper habuerunt* — Paulo, *Digesto*, Liv. I, Tít. 3, Frag. 23); 10) “Prefira-se o que torne viável o objetivo ao que leve à inutilidade”; 11) “Ninguém está adstrito a coisas impossíveis” (*ad impossibilia nemo tenetur*); 12) “As leis não têm palavras inúteis”; 13) “O acessório segue o principal” (*accessorium sequitur principale*); 14) “Na dúvida, pela liberdade” (*in dubio pro libertate* — Gaio, *Digesto*, Liv. 50, Tít. 17). Etc.

9. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Como a Constituição se revela num enunciado normativo, a sua interpretação segue os mesmos métodos de interpretação do direito em geral. Entretanto, como a Constituição, por um lado, registra os valores mais caros à comunidade, que os manifesta pelo Poder Constituinte, por outro, é a “lei das leis”, a lei suprema; sua interpretação não pode olvidar esses dois aspectos.

Deles de pronto decorre que, na exegese de qualquer de suas disposições, se deve levar em conta os valores que inspiram a Constituição e os objetivos a que esta se propõe. Servem, pois, de ponto de referência para a aplicação do método teleológico de interpretação.

Tais valores, traduzidos em princípios, apontam, frequentemente ao Preâmbulo, daí a importância deste para a orientação do intérprete. Exemplo de tal importância é dado pelo direito constitucional francês em vigor, que, de acordo com a jurisprudência do Conselho Constitucional (o seu órgão de controle de constitucionalidade), tem o condão de incorporar ao direito constitucional legislado normas como as definidoras de direitos fundamentais. É bem de ver, porém, que muitos Preâmbulos apresentam uma tal acumulação de valores, cuja utilidade para a interpretação tende a zero.

10. A LIÇÃO DOS ANTIGOS

A questão da interpretação constitucional já preocupou os constitucionalistas ainda no século XVIII. Lembrem-se as observações de juristas norte-americanos, como Story, Cooley, Bryce, Black, Willoughby e Marshall, que muito influenciaram Rui Barbosa e, por intermédio deste, a formação da doutrina constitucional brasileira.

11. A LIÇÃO DE MAXIMILIANO

No Brasil, vale recordar ainda a este respeito a lição de Carlos Maximiliano. O mestre gaúcho deu ao tema da interpretação constitucional uma atenção especial. Formulou mesmo alguns brocardos a serem observados nessa tarefa, aproveitando o ensinamento dos constitucionalistas norte-americanos.

Destaquem-se alguns deles: 1) “Forte é a presunção de constitucionalidade de um ato, ou de uma interpretação, quando datam de grande número de anos” (Willoughby); 2) “Todas as presunções militam a favor da validade de um ato” (Bryce, Black); 3) “Quando a nova Constituição mantém, em alguns de seus artigos, a mesma linguagem da antiga, presume-se que se pretendeu não mudar a lei nesse particular” (Cooley); 4) “Sempre que for possível sem fazer demasiada violência às palavras, interprete-se a linguagem da lei com reservas tais que se torne constitucional a medida que ela institui, ou disciplina” (Willoughby); 5) “Quando a Constituição confere poder geral ou prescreve dever, franqueia também, implicitamente, todos os poderes particulares, necessários para o exercício de um, ou cumprimento de outro” (Cooley); 6) “A prática constitucional longa e uniforme aceita pelo Poder Legislativo, ou pelo Executivo, tem mais valor para o intérprete que as especulações engenhosas dos espíritos concentrados” (Story); 7) “Interpretam-se estritamente os dispositivos que instituem exceções às regras gerais firmadas pela Constituição” (Black). Etc.

12. A LIÇÃO DE CANOTILHO

Os constitucionalistas contemporâneos também não se furtam a traçar diretrizes para a interpretação constitucional.

Canotilho, por exemplo, depois de formular eruditas e profundas observações acerca da

interpretação, fornece um “catálogo tópico dos princípios de interpretação”.

Eis alguns: 1) princípio da unidade da Constituição, que exclui contradições; 2) princípio do efeito integrador, ou seja, deve-se preferir a interpretação que dá reforço à unidade política; 3) princípio da máxima efetividade, quer dizer, deve-se preferir a interpretação que dê maior efetividade à norma; 4) princípio da justeza ou conformidade funcional, que impede a alteração da repartição de funções; 5) princípio da concordância prática ou harmonização, pelo qual se deve evitar o sacrifício (total) de um bem jurídico em favor de outro; 6) princípio da força normativa, em razão do qual se deve procurar dar eficácia óptima à lei constitucional etc. Salienta, ademais, que se devem interpretar as leis de conformidade com a Constituição e não a Constituição de acordo com as leis, bem como exclui interpretação *contra legem*.

Capítulo 40

ESPÉCIES DE NORMAS CONSTITUCIONAIS

SUMÁRIO: 1. Os diferentes ângulos. 2. A forma: normas escritas e normas não escritas. 3. A completude. 4. A aplicabilidade das normas constitucionais. 5. As normas exequíveis por si sós. 6. As normas não exequíveis por si sós. 7. A doutrina de José Afonso da Silva. 8. Princípios e regras constitucionais.

LEITURA COMPLEMENTAR: Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, t. II — *A Constituição*, várias edições; meus *Comentários à Constituição de 1988*, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 2000, v. I.

1. OS DIFERENTES ÂNGULOS

O intérprete da Constituição depara, ao analisar os enunciados que a exprimem, com diversas espécies de normas. A análise destas é uma das tarefas que mais preocupam os constitucionalistas contemporâneos, que se esmeram em desenvolver a chamada teoria da Constituição. Num curso de direito constitucional é necessário tocar no assunto, mas evidentemente de modo simplificado, pondo de lado as sutilezas (mormente da doutrina alemã).

De quatro pontos de partida podem ser encaradas as normas constitucionais: o ângulo de sua *forma*, o de sua *completude*, o de sua *densidade* e, enfim, o de sua *aplicabilidade*. Note-se que esses ângulos não se excluem mutuamente. Cada norma constitucional pode, e deve, ser focalizada de todos os quatro ângulos mencionados, que são — reitere-se — os principais. Podem, ademais, ser examinadas de vários outros, como se faz na teoria da Constituição.

2. A FORMA: NORMAS ESCRITAS E NORMAS NÃO ESCRITAS

O constitucionalismo dá ênfase às Constituições escritas, a ponto de ser quase esquecido que há Constituições não escritas — é verdade que hoje uma ínfima minoria, prestigiada, no entanto, pela Constituição da Inglaterra. Assim, olvida-se haver normas constitucionais não escritas.

Entretanto, estudos recentes têm demonstrado que, mesmo em Estados que possuem Constituição escrita, se desenvolvem normas não escritas que completam ou “interpretam” as normas escritas.

Delas, muitas se constituem no relacionamento entre os Poderes, como a aceitação de mensagens aditivas pelas quais o Executivo “emenda” projetos de lei. Caso típico é o da reiteração das medidas provisórias, anteriormente à Emenda n. 32/2001 à Constituição brasileira em vigor. São tais normas até reconhecidas pela jurisprudência constitucional, como era o caso da reiteração de medidas provisórias. Outras exprimiriam princípios superiores, suprapositivos.

Lembre-se — de qualquer modo — que o direito constitucional brasileiro admite direitos fundamentais implícitos (Constituição, art. 5º, § 2º). Ora, direitos implícitos são normas não escritas. E a doutrina brasileira não hesita em reconhecer princípios subjacentes a normas escritas, os quais teriam força constitucional.

A matéria, todavia, não é pacífica. Há uma corrente que objeta serem essas normas manifestadas no relacionamento entre os Poderes meras normas convencionais — “convenções da Constituição”, para lembrar a lição de Dicey a respeito do direito inglês. Outra — evidentemente não aplicável ao caso dos direitos fundamentais implícitos —, a de que tais normas não gozariam de supremacia relativamente às normas infraconstitucionais e, portanto, não seriam verdadeiramente normas constitucionais. Vale, porém, por sua importância, ter presente a questão.

3. A COMPLETUDE

Entre as normas que encontra na Constituição o intérprete, umas lhe aparecem completas, outras, incompletas. Recorde-se que toda norma, na sua estrutura lógica, importa em dois elementos. De fato, ela parte de uma hipótese, à qual acarreta uma solução jurídica. Ou seja, possui uma *hipótese*, que, na verdade, seria uma proposição condicional, em decorrência da qual adviria uma consequência jurídica, expressa numa proposição afirmativa ou negativa, num *dispositivo*.

A norma é completa quando tem suficientemente definidos esses dois elementos — a hipótese de seu cabimento; a consequência jurídica a isto associada (o seu “mandamento”).

À falta dessa definição, seja na hipótese, seja no mandamento, é ela incompleta. Isto, como se irá ver, reflete-se na questão da aplicabilidade da norma.

Nem sempre o enunciado normativo exprime norma completa, ou suficientemente definida nos seus dois elementos. Um exemplo importante é o fornecido pelo art. 5º, LXXI, da Constituição brasileira, que suscitou e suscita muita polêmica. Recorde-se o texto: “LXXI — conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Aí, está definida a hipótese: a inviabilidade do “exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Mas o mandamento, não.

Que é um mandado de injunção? Isto não é dito. Para que serve ele? Não o diz a Constituição.

4. A APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A doutrina clássica distingue a este respeito duas espécies. É o que Rui Barbosa já ensinava, com arrimo em Cooley, Story e outros constitucionalistas norte-americanos. Esta ainda é a lição da doutrina moderna, da estrangeira, por exemplo, de Jorge Miranda, e de parte da brasileira, por exemplo, a do autor deste livro. São elas as *normas exequíveis por si sós* (normas autoexecutáveis, *self executing*) e as *normas não exequíveis por si sós*.

5. AS NORMAS EXEQUÍVEIS POR SI SÓS

As primeiras podem ser aplicadas sem a necessidade de qualquer complementação. É tipicamente o caso das normas completas. Já as segundas, exatamente por serem incompletas, precisam receber, antes de poderem ser aplicadas, a complementação, seja quanto à hipótese, seja quanto ao dispositivo. Tal complementação se diz a sua regulamentação, mas se tenha presente que, no caso das normas constitucionais, essa complementação se deve dar normalmente por lei — é a regulamentação legal.

Entretanto, se a completude é o critério essencial da aplicabilidade de uma norma, não é um critério absoluto. O ordenamento jurídico às vezes prevê a aplicabilidade de normas incompletas. É o que faz a Constituição brasileira a propósito das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º), ou a respeito de princípios (art. 37, *caput*), por exemplo. Nesse caso, ela está “delegando” ao aplicador a complementação do que não está definido, ou suficientemente definido. Assim, para retomar o exemplo do art. 5º, LXXI, da Lei Magna de 1988, à falta do dispositivo coube ao Supremo Tribunal Federal definir a consequência do deferimento do mandado de injunção, assimilando-o grosso modo à inconstitucionalidade por omissão.

6. AS NORMAS NÃO EXEQUÍVEIS POR SI SÓS

Quanto a normas não exequíveis, podem-se distinguir várias espécies.

Uma é obviamente a da *norma incompleta* (p. ex., o já citado art. 5º, LXXI).

Outra é a da *norma programática*, ou seja, aquela que prevê uma política pública, uma legislação específica (não raro predeterminando aspectos desta). Lembre-se que é para forçar a implementação dessas normas que a Constituição prevê a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) (p. ex., a participação dos empregados nos lucros da empresa — art. 7º, XI).

Terceira, a das *normas de estruturação*, as quais instituem entes ou órgãos, deixando ao direito infraconstitucional a definição de sua organização (embora às vezes a predeterminem parcialmente) (p. ex., o Conselho da República, segundo decorre do art. 90, § 2º).

Uma última espécie é a das *normas condicionadas*. São essas normas completas, que poderiam ser autoexecutáveis, mas que a Constituição condicionou à lei infraconstitucional. Esse artifício, que logicamente é absurdo, não o é no plano político, visto que deixa ao legislador ordinário a decisão quanto à oportunidade de dar eficácia a tais normas. Trata-se de uma forma de conciliação entre o mérito — que a Constituição decide — e a oportunidade. Famoso a esse respeito é o art. 192, § 3º, com a redação primitiva da Constituição que proibia taxa de juros reais acima de 12% ao ano, pondo isso, todavia, na dependência de uma lei complementar, reguladora de todo o sistema financeiro nacional.

7. A DOCTRINA DE JOSÉ AFONSO DA SILVA

Este ilustre jurista, que foi titular de direito financeiro na Faculdade de Direito da USP, lançou no livro *Aplicabilidade das normas constitucionais* (com que concorreu infrutiferamente à cátedra de direito constitucional) uma classificação das normas constitucionais, muito aceita no país.

Para ele, haveria três espécies de normas constitucionais quanto à aplicabilidade: 1) normas de eficácia plena; 2) normas de eficácia contida; e 3) normas de eficácia limitada.

As primeiras — *normas de eficácia plena* — têm incidência imediata, visto haverem recebido do constituinte “normatividade suficiente” para tanto. Ou seja, por serem completas.

As segundas — *normas de eficácia contida* — receberam do constituinte “normatividade suficiente”, mas “preveem meios normativos ... não destinados ao desenvolvimento de sua aplicabilidade, mas, ao contrário, permitindo limitações a sua eficácia e aplicabilidade”.

As últimas — *normas de eficácia limitada* — “não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação”. Quer dizer, são normas incompletas.

Como é fácil apreender, a trilogia, quando limitada à questão da aplicabilidade, se reduz ao dualismo clássico. Realmente, as normas de eficácia plena e as normas de eficácia “contida” são normas exequíveis por si mesmas, enquanto a última espécie — as normas de eficácia limitada — corresponde às normas não exequíveis por si mesmas. Ora, manda a lógica que duas espécies (a primeira e a segunda) não sejam separadas quanto à aplicabilidade, quando, no que toca a esta, são iguais. A diferença entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida não está na aplicabilidade, portanto, e sim na possibilidade ou não de ser restringido o seu alcance pelo legislador infraconstitucional, o que nada tem que ver com a aplicabilidade das normas enquanto constitucionais.

8. PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS

Observe-se, ainda a propósito das normas constitucionais, que, ora elas se apresentam como princípios, ora como regras.

Tal distinção não é essencial — diga-se desde logo — para a aplicabilidade das normas constitucionais. Embora os princípios, normalmente, pela indefinição relativa de sua hipótese e pela pluralidade de soluções que enseja o seu dispositivo, não sejam exequíveis por si mesmos, pode a Constituição considerá-los autoexecutáveis. É o que faz a Carta Magna de 1988 no art. 37, *caput*. Isto significa que sua densificação ou concretização fica a cargo do aplicador.

Capítulo 41

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUA APLICAÇÃO

SUMÁRIO: 1. Constituição e princípios. 2. Espécies de princípios constitucionais: os princípios inferidos. 3. Espécies de princípios constitucionais: os princípios prescritivos. 4. Princípios e regras: a distinção clássica. 5. Princípios e regras: a doutrina substancialista. 6. A aplicação dos princípios. 7. A densificação dos princípios: competência do legislador. 8. A aplicação direta dos princípios. 9. Aplicação *contra legem*. 10. A colisão entre princípios. 11. Os direitos fundamentais como princípios.

LEITURA COMPLEMENTAR: Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 3. ed., São Paulo, Malheiros, 2003; Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2. reimpr., Madrid, Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001; meu trabalho “A concretização dos princípios constitucionais no Estado Democrático de Direito”, no livro *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, coord. Flávio Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes, São Paulo, DPJ Editora, 2005.

1. CONSTITUIÇÃO E PRINCÍPIOS

De há muito a doutrina constitucional convive com a ideia da importância dos princípios para a Constituição.

É notório que as Constituições escritas foram e são estabelecidas a partir de princípios políticos, vistos como dogmas. Daí a oposição entre *Constituições dogmáticas* e *Constituições históricas*, hoje como que esquecida, em razão da absoluta predominância das primeiras, mas polêmica nos séculos XVIII e XIX. Ou seja, no nascedouro do constitucionalismo.

Flagrante, por outro lado, é o fato de que Constituições contemporâneas — e bom exemplo disto é a Lei Magna brasileira de 1988 — têm uma “*textura aberta*” e assim enunciam princípios obrigatórios, autoexecutáveis, no seu corpo. Isto corresponderia à necessidade de uma flexibilização dos imperativos constitucionais em face da realidade sempre cambiante. Mais, em velocíssima transformação, numa época de “globalização”.

2. ESPÉCIES DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: OS PRINCÍPIOS INFERIDOS

Há que ter presente, contudo, que são duas as espécies de princípios com que depara o direito constitucional: *princípios* que (na falta de designação melhor) podem ser ditos *inferidos* e *prescritivos*.

Com efeito, as Constituições dogmáticas do século XVIII, do século XIX, da primeira metade do século XX incorporavam princípios que nelas apareciam como regras. A partir destas é que eles eram *inferidos*. Sem dúvida, na atividade de elaboração da Constituição, estavam claros como diretrizes na mente dos constituintes, mas como que desapareciam quando feita a obra, como andaimes que se retiram de uma construção terminada.

Assim, a Constituição brasileira poderia ser, por indução, reduzida a alguns princípios, em última instância: princípio do Estado de Direito, princípio democrático, princípio federativo, princípio da separação dos poderes, princípio liberal, ou da limitação do poder, princípio social, ou da proteção aos economicamente fracos.

Destarte, na Constituição estão sempre implícitos alguns princípios que podem ser designados por *princípios inferidos*. A doutrina moderna ousa chamá-los eruditamente de *princípios apofânticos*.

3. ESPÉCIES DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: OS PRINCÍPIOS PRESCRITIVOS

Entretanto, como já se apontou, numa Constituição como a brasileira em vigor, há o enunciado de princípios que, portanto, estão nela explícitos. Veja-se, por exemplo, o art. 37 que fala em legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, impondo-os como obrigatórios para a administração pública.

Tais princípios são editados para prescrever linhas de conduta, ou de orientação, que indicam o rumo de efetivação da Constituição. Eles traduzem certamente valores que inspiram a Lei Magna. São normas, e normas jurídicas, tanto quanto as regras, podendo ser, segundo a Carta determine, de aplicação imediata (o que significa — já se disse — que ao aplicador é “delegada” a sua concretização).

Esses princípios, pois, são *princípios prescritivos* (ou, ainda na linguagem dos mais sábios, *princípios deônticos*).

É verdade que, para complicar as coisas, às vezes, os princípios prescritivos são, na sua substância, princípios inferidos. Disto são exemplos o art. 25, *caput*, da Lei Magna brasileira, que impõe aos Estados organizarem-se, observando os princípios dela própria, e o art. 29, *caput*, da mesma, que impõe aos Municípios organizarem-se segundo os princípios estabelecidos na Constituição federal e na Constituição estadual. Há, portanto, princípios prescritivos, cujo conteúdo é inferido de regras e — por que não? — de princípios inferidos.

4. PRINCÍPIOS E REGRAS: A DISTINÇÃO CLÁSSICA

Falou-se até agora de princípios e regras como se se tratasse de conceitos bem definidos e claros para todos. Isto não ocorre, porém, em face dos modismos doutrinários contemporâneos.

A distinção tradicional apoia-se num critério formal.

Numa análise de abrangência, os princípios seriam normas jurídicas, sim, mas generalíssimas, tanto na sua hipótese quanto no seu dispositivo. Por isto, a sua diferenciação seria uma questão de grau de generalidade.

Assim, por exemplo, o princípio democrático, na hipótese, abrange a atribuição do poder; no dispositivo, a supremacia do povo, mas num e noutro ponto cabem incontáveis fórmulas. No extremo oposto, estão as regras, normas jurídicas, cuja hipótese é (mais ou menos) restrita e cujo dispositivo é (mais ou menos) preciso (*pode, não pode; se matar, sofrerá tal pena, p. ex.*).

Claro está que há um *continuum* entre os dois extremos — a generalidade máxima (de alguns princípios) e a generalidade mínima (de algumas regras) —, de modo que, separando o que é notoriamente um princípio do que é visivelmente uma regra, há uma zona cinzenta, onde cabem hesitações.

5. PRINCÍPIOS E REGRAS: A DOCTRINA SUBSTANCIALISTA

Hoje, há quem não se contente com essa diferenciação formal e pretenda haver entre princípios e regras uma diferença substancial. Entretanto, não há acordo entre os adeptos dessa tese, podendo-se distinguir diversos entendimentos quanto a essa diferença. Realmente, o que ensina Dworkin não é subscrito por Alexy; o que ensina Eros Grau não é o que entende Humberto Ávila etc.

E o pior é que não há entre os substancialistas um acordo acerca do critério (substantivo) de diferenciação, ao contrário. Em consequência, fica o estudioso sem uma diretriz clara a respeito do critério substantivo de diferenciação. Dizer, por exemplo, que os princípios são “mandados de otimização” (Alexy) não leva muito longe (toda norma, incluídas as regras, são mandados de otimização, no sentido de que se pretende com elas a otimização de um valor). Igualmente, é falho outro critério, o de Dworkin, segundo o qual as regras são aplicadas num tudo ou nada, enquanto os princípios podem ser dosados ou graduados na sua aplicação (porque a conciliação de regras é tão antiga quanto o direito).

Certamente há pontos comuns entre os substancialistas (senão não se poderia falar numa escola, ou corrente). Dentre eles salientem-se dois. Um é a “otimização” inerente ao princípio. Quer dizer, a afirmação do princípio importa numa ordem, a ordem de otimizá-lo nos casos em que cabe a sua aplicação. Outro, a “flexibilização”. O princípio, ao contrário da regra, admite temperamentos na sua aplicação.

6. A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

A aplicação dos princípios suscita um problema específico. Sendo amplíssima a sua hipótese e amplíssimo o seu dispositivo, necessitam eles de ser “densificados”, para a sua aplicação. Isto significa que a norma generalíssima deve ser reduzida a regras, evidentemente de abrangência mais restrita. Somente “densificadas” é que podem elas ser aplicadas a casos concretos — “concretizadas”.

Põe-se então a pergunta: A quem cabe essa densificação?

7. A DENSIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS: COMPETÊNCIA DO LEGISLADOR

Num Estado de Direito, num sistema democrático — num Estado Democrático de Direito, no sentido que dá à expressão o art. 1º, *caput*, da Lei Magna em vigor —, organizado segundo a separação dos poderes, é indiscutível que essa densificação (o desdobramento em regras do princípio) compete ao legislador. Realmente, o primeiro princípio do Estado de Direito é o de legalidade: “Ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (Constituição, art. 5º, II).

A seu turno, a edição da lei — expressão da vontade geral na fórmula famosa de Rousseau — cabe à representação popular, eleita. O povo se governa “por meio de representantes eleitos, ou diretamente” (Constituição, art. 1º, parágrafo único).

Num Estado de Direito, portanto, não cabe senão ao legislador densificar os princípios.

Há, sem dúvida, juristas de peso que entendem caber tal densificação ao Judiciário, em caso de mandado de injunção. Não é essa, porém, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

8. A APLICAÇÃO DIRETA DOS PRINCÍPIOS

A aplicação direta (a concretização, propriamente dita) dos princípios apenas excepcionalmente pode ser posta em prática pelo Judiciário.

Caso de fazê-lo é o da lacuna, ou seja, da falta de regra a aplicar, por ser omissa a legislação (Lei de Introdução, art. 4º). Nessa situação, pode o juiz aplicar a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, e, *a fortiori*, os princípios constitucionais. Inexiste lacuna, porém, quando a norma constitucional, ou mesmo a lei infraconstitucional, existe, contudo não é exequível por si mesma, dada a falta da regulamentação. Reitere-se que a regulamentação é juízo de oportunidade, atribuído a quem deve fazê-la, seja o legislador, seja o administrador.

9. APLICAÇÃO CONTRA LEGEM

Absolutamente descabida é a aplicação *contra legem* do princípio. Isto seria levar o juiz a prevalecer sobre o legislador no plano da densificação, o que fere o Estado de Direito.

É verdade que, ocorrendo inconstitucionalidade da lei, por ofensa a princípio — e a lei obviamente tem de ser compatível com os princípios constitucionais —, o juiz pode declarar a sua inconstitucionalidade e aplicar em seu lugar o princípio. Ele não pode fazê-lo — sublinhe-se — sem declarar tal inconstitucionalidade, porque estaria sobrepondo a sua vontade à do legislador (o que configura violação do Estado de Direito). Essa hipótese de inconstitucionalidade de lei por violação de princípio há de ser rara, visto que o princípio, em razão de sua generalidade, é compatível com diferentes densificações. Ora, não pode o juiz fazer prevalecer a sua à densificação legal.

10. A COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS

A aplicação direta de princípios, quando cabe, tem de enfrentar um problema frequente. Trata-se da colisão de princípios. Ou seja, do fato de que, em face de um caso concreto, não é raro que mais de um princípio esteja em causa. Num exemplo teórico, o princípio da livre concorrência e o princípio da defesa do consumidor (ambos constantes do art. 170 da Constituição). Ou, o direito à privacidade (art. 5º, X) e a liberdade de comunicação social (art. 220). Como resolvê-lo?

Vários critérios podem ser propostos. O primeiro — óbvio — é o de se procurar a conciliação de ambos. Outro, o da pertinência, ou seja, qual o princípio que concerne, mais de perto, à matéria em causa.

Aponte-se mais um — o do “peso”. Entretanto, este presume uma valoração — qual o princípio mais importante —, o que é sempre arbitrário e discutível, já que a Constituição não estabelece tal escala.

11. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PRINCÍPIOS

A questão da colisão preocupa especialmente os adeptos da tese de que os direitos fundamentais são sempre princípios. Essa tese, para muitos, é a lição de Alexy. O mestre alemão, todavia, não afirma serem os direitos fundamentais sempre princípios, mas poderem ser enunciados como princípios, ou como regras, ou como princípios e regras. Assim, é com relação a cada norma específica enunciativa de direitos fundamentais que se há de formular a pergunta se ela é princípio, regra, ou ambos.

No direito constitucional brasileiro é, sem dúvida, muito difícil aceitar que determinados dispositivos do art. 5º sejam meros princípios, portanto, suscetíveis de flexibilização, segundo querem os substancialistas, ou de diferentes densificações. Por exemplo, se há de ver como mero princípio a norma do art. 5º, III, que proíbe a tortura e o tratamento desumano ou degradante? Se se trata de um princípio, no caso de sua colisão com o princípio da segurança da sociedade e do Estado (que está no inciso XXXIII), caberia a tortura (p. ex., a fim de obter informações no combate ao terrorismo) etc.

É certo que, entretanto, se podem identificar princípios subjacentes — princípios inferidos, pois — ao enunciado de direitos fundamentais. Por exemplo, um princípio de respeito ao sigilo em geral, que está por detrás de vários direitos fundamentais especificados no art. 5º da Constituição (X — inviolabilidade da intimidade; XII — sigilo da correspondência; XIV — sigilo quanto à fonte; XXXIII — sigilo de informações etc.), princípio que implicitamente fundamenta o sigilo do médico, do advogado etc. Isto evidentemente não significa serem os direitos fundamentais sempre princípios, e sim que dos direitos fundamentais se podem inferir princípios, o que é coisa completamente diferente.

¹ Numa tradução aproximada, *deixar ficar como está nas decisões* (anteriores).